

BJÖRN SCHOUTEN

Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en het privaatrecht

BAKELSREEKS

Boom**juridisch**


BAKELS INSTITUUT

In het arbeidsrecht komen de begrippen 'opzet' en 'bewuste roekeloosheid' op verschillende plaatsen voor. Dezelfde of zeer vergelijkbare begrippen worden ook in andere deelgebieden van het privaatrecht gebruikt, zoals het verzekeringsrecht, het vervoersrecht en het verkeersaansprakelijkheidsrecht. Bij nadere bestudering blijkt al snel dat de begrippen niet overal op dezelfde manier worden uitgelegd. In dit boek onderzoekt de auteur of de wijze waarop de begrippen 'opzet' en 'bewuste roekeloosheid' in het privaatrecht worden uitgelegd, intern consistent is met de wijze waarop deze begrippen in het arbeidsrecht worden uitgelegd.

De auteur bespreekt eerst de uitleg van 'opzet' en 'bewuste roekeloosheid' in het arbeidsrecht. Daarna bespreekt hij de uitleg van deze begrippen in de andere deelgebieden van het privaatrecht. Daarbij komen de parlementaire geschiedenis, de literatuur en zowel de jurisprudentie van de Hoge Raad als de lagere jurisprudentie uitvoerig aan de orde. Vervolgens vergelijkt de auteur de bevindingen uit het arbeidsrecht en het privaatrecht aan de hand van drie gezichtspunten: terminologie, ratio en type rechtssubject. De auteur duidt de geconstateerde verschillen en overeenkomsten en legt dwarsverbanden tussen de verschillende rechtsgebieden. In het laatste hoofdstuk bespreekt de auteur de mogelijkheid om het huidige model, waarin op verschillende plaatsen vergelijkbare schuldbegrippen worden gebruikt, te vervangen door een model met open normen.

Dit boek is zowel interessant voor wetenschappers die belangstelling hebben voor interne rechtsvergelijking, als voor (praktijk)juristen die zich willen verdiepen in schuldbegrippen binnen het arbeidsrecht en het privaatrecht.

Björn Schouten is als advocaat werkzaam te Amsterdam.

De Bakelsreeks wordt uitgegeven vanwege het Bakelsinstituut. Het instituut, een gezamenlijk studiecentrum van de secties arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam, de Rijksuniversiteit Groningen en een aantal advocatenkantoren, richt zich op het initiëren en uitvoeren van grensverkennend onderzoek op het terrein van het arbeidsrecht.

Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en het privaatrecht

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2020 Björn Schouten | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-857-4
ISBN 978-90-8974-003-8 (e-book)

www.boomjuridisch.nl

**OPZET EN BEWUSTE ROEKELOOSHEID IN HET
ARBEIDSRECHT EN HET PRIVAATRECHT**

*Wilful misconduct and deliberate recklessness
in employment law and private law*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus
Prof. dr. R.C.M.E. Engels
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 18 december 2020 om 11.30 uur
door

Björn Schouten
geboren te Rotterdam

Promotiecommissie

Promotoren: prof. mr. dr. C.J. Loonstra
prof. mr. dr. A.R. Houweling

Overige leden: prof. mr. dr. C.J.H. Jansen
prof. mr. dr. M.J. Kroeze
prof. mr. dr. L.T. Visscher

VOORWOORD

Toen ik naast een drukke advocatenpraktijk begon met een promotieonderzoek, wist ik nog niet goed waar ik aan begon. Die vraag, waar ik eigenlijk aan was begonnen, heb ik mij sindsdien diverse keren gesteld. Zoals geldt voor vrijwel iedere promovendus was mijn promotieonderzoek een proces van vallen en opstaan. Ik kan wel zeggen dat mijn doorzettingsvermogen stevig op de proef is gesteld.

Dat dit proefschrift is afgerond, heb ik aan een aantal personen te danken. In de eerste plaats is dat mijn promotor Cees Loonstra. Hoewel hem tijdens mijn promotietraject persoonlijke tegenslagen ten deel vielen, kon ik altijd op hem rekenen om mij van nuttige adviezen te voorzien. Zonder zijn geduld was het project niet in veilige haven beland. Ook mijn andere promotor, Ruben Houweling, en mijn collega Pascal Kruit ben ik dank verschuldigd. Zij hebben mij vooral in het eindstadium van het onderzoek van nuttige adviezen voorzien.

Ook de partners en collega's bij Boontje Advocaten moet ik bedanken. Ik ben hen zeer erkentelijk voor de ruimte die zij mij hebben gegeven om te kunnen promoveren naast een drukke advocatenpraktijk. Tot slot dank ik de vrienden en familie die mij, ook al hadden zij dat misschien niet altijd door, af en toe de steun boden die ik op dat moment nodig had.

Dit boek draag ik op aan mijn moeder. Zij zou er zeker trots op zijn geweest.

Björn Schouten
Amstelveen, 7 juli 2020

INHOUD

1	Inleiding en methodiek	13
1.1	Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en daarbuiten	13
1.2	Rechtseenheid en begripsuitleg	15
1.2.1	Rechtseenvoud	17
1.2.2	Rechtszekerheid	17
1.2.3	Rechtsgelijkheid	18
1.3	Probleemstelling en afbakening	18
1.3.1	Wat wordt bedoeld met ‘buiten het arbeidsrecht’?	19
1.3.2	Wat wordt bedoeld met ‘intern consistent’?	21
1.3.3	Wat wordt bedoeld met ‘vergelijkbare begrippen’?	23
1.4	Onderzoeksmethode (de ‘TRT-toets’)	32
1.5	Opzet van het onderzoek	34
2	Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht	37
2.1	Inleiding	37
2.2	Opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW	38
2.2.1	Historische en juridische achtergrond	38
2.2.2	Parlementaire geschiedenis bij het Nieuw BW	43
2.2.3	Uitleg volgens rechtspraak van de Hoge Raad	46
2.2.4	Ratio van opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW	48
2.3	Opzet of bewuste roekeloosheid in artikelen 6:170 en 7:661 BW	50
2.3.1	Historische en juridische achtergrond	50
2.3.2	Parlementaire geschiedenis; wettelijke verankering in artikelen 6:170 en 7:661 BW	54
2.3.3	Uitleg volgens rechtspraak van de Hoge Raad	56
2.3.4	Ratio van opzet of bewuste roekeloosheid in artikelen 6:170 en 7:661 BW	59
2.4	Opzet of bewuste roekeloosheid en artikel 7:611 BW	63
2.4.1	Historische en juridische achtergrond	63
2.4.2	Uitleg volgens rechtspraak van de Hoge Raad	71

2.4.3	Ratio van opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:611 BW	74
2.5	Tussenconclusie: bewuste roekeloosheid in titel 7.10 BW	76
2.6	Opzet of bewuste roekeloosheid in de lagere jurisprudentie	79
2.6.1	Inleiding	79
2.6.2	Lagere jurisprudentie over artikel 7:658 BW	81
2.6.3	Lagere jurisprudentie over artikel 7:661 en 6:170 BW	83
2.6.4	Lagere jurisprudentie over artikel 7:611 BW	87
2.6.5	Conclusie	88
2.7	Opzet in artikel 7:629 BW	88
2.7.1	Historische en juridische achtergrond	88
2.7.2	Parlementaire geschiedenis	91
2.7.3	Ratio van opzet in artikel 7:629 BW	92
2.7.4	Uitleg in de jurisprudentie	93
2.8	Conclusie	103
2.8.1	Opzet of bewuste roekeloosheid	103
2.8.2	Opzet ex artikel 7:629 BW	105
3	Opzet en bewuste roekeloosheid in het privaatrecht	107
3.1	Inleiding	107
3.2	Opzet of roekeloosheid in het verzekeringsrecht	109
3.2.1	Historische en juridische achtergrond	109
3.2.2	Parlementaire geschiedenis	112
3.2.3	Opzet en culpa in het strafrecht	116
3.2.4	Rechtspraak Hoge Raad	129
3.2.5	Ratio van de eigenschuldregeling in artikel 7:952 BW	138
3.2.6	Toepassing in de lagere jurisprudentie	140
3.3	Opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht	143
3.3.1	Historische en juridische achtergrond	143
3.3.2	Parlementaire geschiedenis	144
3.3.3	Rechtspraak Hoge Raad	146
3.3.4	De drie elementen van Strikwerda	152
3.3.5	Ratio van de regeling van beperkte aansprakelijkheidsrecht in het vervoersrecht	153
3.3.6	Toepassing in de lagere jurisprudentie	157
3.4	Opzet of bewuste roekeloosheid in verband met het regresrecht van uitkeringsinstanties op werkgevers en collega-werknemers	161
3.4.1	Historische en juridische achtergrond	161
3.4.2	Parlementaire geschiedenis	162
3.4.3	Rechtspraak Hoge Raad	163
3.4.4	Ratio van de beperking van het regresrecht	168
3.4.5	Toepassing in de lagere jurisprudentie	172

3.5	Opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht	174
3.5.1	Historische en juridische achtergrond	174
3.5.2	Rechtspraak Hoge Raad	180
3.5.3	Ratio van de functie van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht	183
3.5.4	Toepassing in de lagere jurisprudentie	185
3.6	Opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht	188
3.6.1	Historische en juridische achtergrond	188
3.6.2	Rechtspraak Hoge Raad	191
3.6.3	Ratio van de 50%- en 100%-regel	192
3.6.4	Toepassing in de lagere jurisprudentie	196
3.7	Ernstige verwijtbaarheid in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid	197
3.7.1	Historische en juridische achtergrond	197
3.7.2	Parlementaire geschiedenis	202
3.7.3	Rechtspraak Hoge Raad	204
3.7.4	De ratio van het criterium 'ernstig verwijt'	210
3.7.5	Toepassing in lagere jurisprudentie	213
3.8	Opzet	214
3.8.1	Opzettelijke misleiding van de verzekeraar	214
3.8.2	Opzet van de verkoper (art. 7:23 lid 3 BW)	223
3.8.3	Opzet van derden in verband met risicoaansprakelijkheid (art. 6:178 sub e BW)	225
3.9	Conclusie	225
3.9.1	Inleiding	225
3.9.2	Opzet of roekeloosheid in het verzekeringsrecht	226
3.9.3	Opzet of bewuste roekeloosheid in vervoersrecht	227
3.9.4	Opzet of bewuste roekeloosheid in verband met het regresrecht van uitkeringsinstanties op werkgevers en collega-werknemers	228
3.9.5	Opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht	229
3.9.6	Opzet of bewuste roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht	230
3.9.7	Ernstig verwijt in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht	231
3.9.8	Eindconclusie	232
4	Beoordeling van consistentie (de TRT-toets)	235
4.1	Inleiding	235
4.2	Bewuste roekeloosheid	237

4.2.1	Vergelijking aan de hand van begripsuitleg	237
4.2.2	Vergelijking aan de hand van terminologie	249
4.2.3	Vergelijking aan de hand van ratio	252
4.3	Vergelijking aan de hand van het type rechtssubject	263
4.3.1	Heeft het type rechtssubject invloed op het beschermingsniveau?	263
4.4	Opzet	272
4.4.1	Vergelijking aan de hand van begripsuitleg	272
4.4.2	Vergelijking aan de hand van terminologie	273
4.4.3	Vergelijking aan de hand van ratio	275
4.4.4	Vergelijking aan de hand van type rechtssubject	276
4.5	De TRT-toets: een afrondende beschouwing	277
4.5.1	De vorm van consistentie varieert	277
4.5.2	Twee methoden van wetgeving	279
4.5.3	De methodische keuze is willekeurig	280
4.5.4	Conclusie	281
5	Conclusie en aanbevelingen	283
5.1	Inleiding	283
5.2	Beantwoording van de onderzoeksvraag	284
5.3	Verdiens een ander of aangepast model de voorkeur?	285
5.3.1	Drie mogelijke modellen	285
5.3.2	Schuldbegrippen krijgen betekenis binnen hun eigen context	286
5.3.3	Twee alternatieven: regelgeleide of casuïstische rechtsvinding	289
5.3.4	Herijking van het bestaande model van schuldbegrippen	289
5.3.5	Geen schuldbegrippen, maar een model met open normen	293
5.3.6	Conclusie: een keuze voor open normen	302
5.4	Open verwijtbaarheidsnormen in het arbeidsrecht	305
5.4.1	De open verwijtbaarheidsnorm van artikel 7:658 BW	305
5.4.2	De open verwijtbaarheidsnorm van artikelen 7:661 en 6:170 BW	308
5.4.3	De open verwijtbaarheidsnorm in het kader van artikel 7:611 BW	314
5.4.4	De open verwijtbaarheidsnorm in het kader van artikel 7:629 BW	316
5.5	Slotopmerkingen	318
	Summary	321

Literatuur	329
Jurisprudentie	339
Curriculum Vitae	351
De Bakelsreeks	353

1.1 OPZET EN BEWUSTE ROEKELOOSHEID IN HET ARBEIDSRECHT EN DAARBUITEN

In dit onderzoek staan de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid centraal. Deze begrippen komen op een aantal plaatsen in het arbeidsrecht voor. Zo worden de termen gezamenlijk – als twee alternatieven – gebruikt in artikel 7:658 lid 2 BW. Op grond van deze bepaling is de werkgever gekweten van zijn aansprakelijkheid voor schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, als de werkgever kan bewijzen dat de schade ‘in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer’. De combinatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ speelt ook een rol in zowel artikel 6:170 BW als artikel 7:661 BW, namelijk bij de vraag of de werknemer jegens de werkgever gehouden is tot vergoeding van door hem in de uitoefening van de werkzaamheden veroorzaakte schade. Het uitgangspunt in beide artikelen is, dat de werknemer voor dergelijke schade niet aansprakelijk is, dan wel in de onderlinge verhouding met de werkgever niet in de schadevergoeding behoeft bij te dragen, tenzij de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De combinatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ keert ook terug in de door de Hoge Raad op grond van artikel 7:611 BW ontwikkelde aansprakelijkheidsregels. Zo heeft de Hoge Raad in enkele arresten geoordeeld dat een werkgever uit hoofde van artikel 7:611 BW dient zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering voor schade die de werknemer kan lijden als gevolg van een verkeersongeval dat hem overkomt bij de uitoefening van zijn werkzaamheden.¹ Deze verplichting van de werkgever gaat echter niet zó ver, dat hij dient zorg te dragen voor een verzekering die dekking

1. Zie o.a. HR 12 januari 2001, *JAR* 2001/24, m.nt. Vegter (Vonk/Van der Hoeven); HR 9 augustus 2002, *JAR* 2002/205, m.nt. Thierry & Vegter (De Bont/Oudenallen); HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235, m.nt. Heerma van Voss; HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56, m.nt. Vegter (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/57, m.nt. Vegter (Kooiker/Taxi Nijverdal); HR 11 november 2011, *JAR* 2011/316, m.nt. Vegter (TNT Post/Wijenberg).

biedt voor schade die is veroorzaakt door opzet of bewust roekeloos van de werknemer.²

Een enkele keer stuiten we in het arbeidsrecht op het criterium ‘opzet’, zonder dat het alternatief ‘of bewuste roekeloosheid’ wordt geboden. Artikel 7:629 lid 1 BW bepaalt dat een werknemer die wegens ziekte ongeschikt is de bedongen arbeid te verrichten, gedurende de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid het recht op loonbetaling behoudt. De werknemer heeft dit recht op grond van artikel 7:629 lid 3 sub a BW niet, als de arbeidsongeschiktheid door zijn opzet is veroorzaakt.

Ook in andere deelgebieden van het privaatrecht komen de termen opzet en bewuste roekeloosheid – of begrippen die er terminologisch veel op lijken – frequent voor. Bij bestudering blijkt al snel dat deze begrippen niet steeds op dezelfde wijze worden uitgelegd. Verschillende auteurs hebben gewezen op de betekenis van de begrippen in de context van hun eigen rechtsgebied en op de soms grote, soms subtielere verschillen met andere begrippen. Bijzondere vermelding verdient in dat verband de ‘multidisciplinaire’ publicatie van het Sanders Instituut uit 2004.³ Met deze publicatie is beoogd de inhoud en de rechtsgevolgen van het begrip bewuste roekeloosheid op een aantal terreinen van het privaatrecht in kaart te brengen en per deelgebied inzicht te geven in de wijze waarop het begrip gehanteerd wordt. Een van de doelstellingen was om na te gaan of en in welke mate er verband bestaat tussen de deelgebieden en of er kan worden gesproken van doorwerking van het begrip van het ene op het andere terrein. De conclusie was dat een dergelijk evident verband niet kon worden aangetoond. Er werd geen uniformiteit, maar vooral pluriformiteit geconstateerd. Dat nam volgens de auteurs niet weg dat

2. Zoals we zullen zien heeft de Hoge Raad op grond van artikel 7:611 BW ook aansprakelijkheidsregels ontwikkeld waarbij de combinatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ nu juist geen rol speelt. Zo heeft de Hoge Raad in het arrest M/V Communicatie/Van den Brink geoordeeld dat de werkgever onder omstandigheden aansprakelijk kan zijn, als hij bij een door hem georganiseerde personeelsactiviteit niet alle voorzorgsmaatregelen heeft getroffen die van hem als goed werkgever konden worden gevergd. In dat geval, zo oordeelde de Hoge Raad, bestaat er geen aanleiding om ten aanzien van het eigenschuldregime aansluiting te zoeken bij artikel 7:658 lid 2 BW, maar moet aansluiting worden gezocht bij de ‘algemene’ regels uit artikel 6:101 BW. In het arrest APG/Verkerk heeft de Hoge Raad geoordeeld, dat de werkgever schade die buiten de uitoefening van de werkzaamheden door de werknemer is toegebracht aan de bedrijfseigendommen van de werkgever, niet op de werknemer kan verhalen, als door de werkgever ter zake een verzekering is afgesloten die minder dekking biedt dan de wettelijke dekkingssgraad. De Hoge Raad heeft in dit verband geoordeeld dat voor de gevolgen van de schuld van de werknemer moet worden aangesloten bij artikel 7:952 BW, zodat opzet of roekeloosheid voldoende is. Zie respectievelijk HR 18 maart 2005, JAR 2005/100, m.nt. Vegter (M/V Communicatie/Van den Brink) en HR 11 juli 2014, JAR 2014/193, m.nt. Barentsen (APG/Verkerk).
3. K.F. Haak, F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004. Bijzondere vermelding verdient naar mijn mening ook het tweeluik van Haazen over de begrippen roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in het privaatrecht. Zie I. Haazen, ‘Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek’, *WPNR* 2004/6569, p. 193-198 (deel I) en *WPNR* 2004/6570, p. 209-214 (deel II).

van wederzijdse beïnvloeding op elkaars terrein sprake kon zijn. Rechtsvergelijkende exercities zouden kunnen bijdragen aan een dieper inzicht in de inhoud van het begrip (bewuste) roekeloosheid. Ook zou hierdoor in de toepassing van het begrip een ruimere actieradius kunnen worden bereikt.⁴

1.2 RECHTSEENHEID EN BEGRIPSUITLEG

Dat de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid binnen het arbeidsrecht niet steeds op dezelfde wijze worden uitgelegd als dezelfde of vergelijkbare begrippen buiten het arbeidsrecht, roept de vraag op of sprake is van inconsistentie tussen de verschillende (deel)rechtsgebieden. En als het antwoord op die vraag bevestigend luidt, dan rijst de vervolgvraag of dat onwenselijk is. Men zou immers ook de gedachte kunnen hebben dat zolang schuldbegrippen maar binnen hun eigen rechtsgebied (arbeidsrecht, vervoersrecht, verzekeringsrecht, enz.) een duidelijke betekenis hebben, het niet bezwaarlijk is dat die betekenis tussen de rechtsgebieden onderling verschilt. Kortom: vormt een verschil in uitleg eigenlijk een probleem?

Deze vragen raken aan een abstract en moeilijk grijpbaar concept, namelijk dat van rechtseenheid. Het belang van rechtseenheid wordt alom geaccepteerd. De Hoge Raad vat het bevorderen van de rechtseenheid zelfs op als één van zijn kerntaken. In de woorden van de Hoge Raad zelf: *“Dat is de natuurlijk plicht van de cassatierechter aan de top. Het is zijn eerste raison d’être.”*⁵ Ondanks het alom erkende belang van rechtseenheid, zijn beschouwingen in de literatuur over de wijze waarop rechtseenheid moet worden bewerkstelligd schaars.⁶ Duidelijk is wel dat het concept vele gezichten heeft en vanuit diverse perspectieven kan worden benaderd.⁷ Om maar een aantal voorbeelden te noemen: er kan worden gedacht aan rechtseenheid als tegenpool van rechtspluralisme (het verschijnsel dat binnen één staatsverband verschillende groepen worden beheerst door hun eigen rechtssysteem). Ook kan worden gedacht aan rechtseenheid binnen een internationale rechtsorde, waarbij

-
4. Aldus K.F. Haak, ‘Intro bewuste roekeloosheid: uniformiteit of pluriformiteit?’, in: K.F. Haak, F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004, p. 1-11.
 5. Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, p. 27.
 6. Zo constateert ook C.A. Canto, ‘Van consistentie naar coherentie. De betekenis en bevordering van rechtseenheid in rechtsfilosofisch perspectief’, in: T. Gerverdinck e.a. (red.), *Wetenschappelijk Bijdragen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 31-32.
 7. Zie H.J. Snijders, ‘Inleiding: vermogensrecht en rechtson eenheid in verscheidenheid’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-22; A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Rechtseenheid’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht (Kortmann-bundel I)*, Deventer: Kluwer 2001, p. 49-70; M.A. Loth, ‘Rechtseenheid in veelvoud. Over de toenemende complexiteit van een schijnbaar eenvoudig begrip’, *AA* 2005, p. 676 e.v.; M.A. Loth, ‘Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meerge-laagde rechtsorde’, *AA* 2018, p. 335 e.v.

het enerzijds gaat om de eenheid tussen nationale rechtssystemen onderling en anderzijds aan de eenheid tussen het internationale recht en het nationale recht. Verder kan worden gedacht aan de eenheid tussen verschillende rechtsgebieden binnen één rechtstelsel of de eenheid binnen één rechtsgebied. In dit onderzoek is het om dat laatste te doen.

Het strekt in het kader van dit onderzoek te ver om alle aspecten van rechtseenheid onder het licht te houden. Dit onderzoek richt zich op de uitleg van de schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid binnen het arbeidsrecht en het privaatrecht en raakt daarmee aan één specifiek facet van rechtseenheid, namelijk de eenheid van begrippen binnen het recht. In Nederland heeft alleen Bloembergen zich gewaagd aan een verdiepende verkenning van dit specifieke terrein.⁸ Hoewel zijn onderzoek zich vooral toespitste op de eenheid van begrippen in het privaatrecht en het administratief recht, is het grootste deel van zijn studie gewijd aan algemene – en daarmee breder toepasbare – theorievorming over de eenheid van begrippen in het recht. Hoewel het in vier delen gepubliceerde onderzoek inmiddels is gedateerd, vormen de bevindingen daarom nog altijd een zeer bruikbare bron; niet in de laatste plaats omdat Bloembergen zijn onderzoeksobject op overzichtelijke wijze afpelt.

Bloembergen stelt zich in de eerste plaats de vraag wat rechtseenheid precies is en concludeert dat het moet gaan om de eenheid van normen, beginselen en begrippen binnen een rechtssysteem.⁹ In het tweede deel van zijn onderzoek richt Bloembergen zich vooral op de eenheid van begrippen. Daarbij onderscheidt Bloembergen twee vormen van eenheid. De eerste houdt verband met uniformiteit. De andere houdt verband met harmonie, consistentie en de afwezigheid van tegenspraak. In de tweede plaats stelt Bloembergen zich de vraag *waarom* moet worden gestreefd naar eenheid van normen, beginselen en begrippen. Hij laat zich bij de beantwoording van die vraag inspireren door twee andere verschijnselen, namelijk de codificatiegedachte en het unificatiestreven in internationaal verband. Ook hierbij pleegt men zich namelijk de vraag te stellen wat de grond is van het eenheidsstreven. Bloembergen komt tot de conclusie dat eenheid van normen, beginselen en begrippen de volgende drie belangen dient: (1) rechtseenvoud, (2) rechtszekerheid en (3) rechtsgelijkheid. Op deze drie belangen zal hierna nader worden ingegaan.

8. A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977, p. 1-5, 17-23, 33-36 en 49-54.

9. Bloembergen gaat in zijn studie uit van de nationale rechtsorde, maar erkent dat de afgrenzing van het systeem ook elders gelegd kan worden, bijvoorbeeld bij grote onderdelen van de nationale rechtsorde zoals het privaatrecht of bij een rechtsfamilie: een verzameling van nationale systemen die belangrijke kenmerken gemeen hebben.

1.2.1 *Rechtseenvoud*

Bij rechtseenvoud moet worden gedacht aan het streven om het recht met zo weinig mogelijk begrippen en regels te beheersen. Door spaarzaamheid houdt men het recht zo eenvoudig mogelijk en in de praktijk hanteerbaar.¹⁰ Dat is niet alleen belangrijk voor docenten en studenten die het recht moeten bestuderen, maar – wellicht nog belangrijker – het is essentieel voor de toegankelijkheid van het recht voor de rechtstoepasser en de justitiabele. Voor begrippen in het recht betekent die spaarzaamheid dat ernaar moet worden gestreefd om ook over de grenzen van een rechtsgebied heen zoveel mogelijk eenvormige begrippen te gebruiken.

Bloembergen maakt bij het belang van rechtseenvoud wel een belangrijke kanttekening. Spaarzaamheid hoeft niet per definitie te betekenen dat uniformiteit wordt nagestreefd. Het is van belang dat de context waarin het begrip wordt gehanteerd tot zijn recht kan komen. Daarom kunnen eenheid en eenvoud ook worden nagestreefd door de betekenis binnen een eenvormig kader te laten variëren. Daarvoor moet dan wel duidelijk zijn wat dat kader is en moet kunnen worden verklaard waarom daarbinnen verschillen bestaan. Daar komt bij dat (kleine) variaties in de betekenis van woorden heel gewoon zijn. Naarmate die betekenisverschillen van de randen verder naar binnen – naar de betekenskern – kruipen, neemt de eenheid af.

1.2.2 *Rechtszekerheid*

Bij rechtszekerheid gaat het erom dat het recht voldoende duidelijkheid biedt om voorliggende rechtsvragen te beantwoorden. Het recht moet een justitiabele in staat stellen om zijn rechtspositie met voldoende mate van zekerheid te kunnen bepalen.¹¹ Het belang van rechtszekerheid vertoont dus in zoverre overlap met het belang van rechtseenvoud, dat het ook bij rechtszekerheid gaat om de hanteerbaarheid van het recht. Ten aanzien van begrippen geldt dat de rechtszekerheid is gediend door over de grens van rechtsgebieden zoveel mogelijk dezelfde begrippen te gebruiken. Variatie heeft immers tot gevolg dat meer procedures nodig zullen zijn om tot een duidelijke afbakening van de verschillende begrippen te komen.

Ook bij rechtszekerheid moet echter een kanttekening worden geplaatst. Het streven naar eenvormige, duidelijke definities kan niet altijd worden gerijmd met de flexibiliteit die het rechtssysteem moet behouden. De taal – het medium van het

10. Zie voor het belang van spaarzaamheid P. Scholten, *Asser – Algemeen deel* 1931, p. 66-67. Zie ook J.M Polak, *Eenheid van het recht. Enkele beschouwingen over specialisatie in de rechtswetenschap* (oratie 1958), p. 10.

11. Zie ook M.A. Loth, 'Op de bres voor rechtszekerheid', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009, p. 21 e.v.

recht – stelt ons moeilijk in staat om én duidelijke, eenduidige definities van begrippen te hanteren én anderzijds oog te houden voor de omstandigheden van het geval en ontwikkelingen in de maatschappij. Het rechtssysteem moet open en dynamisch zijn en de rechtszekerheid mag daarvan niet ten koste gaan.

1.2.3 *Rechtsgelijkheid*

Bij rechtsgelijkheid gaat het erom dat gelijke gevallen op een gelijke wijze worden behandeld. Bij rechtsgelijkheid staat vanzelfsprekend voorop dat gevallen een juridisch relevante overeenkomst moeten hebben om gelijk te moeten worden behandeld. Bij begrippen betekent dit dat moet worden gelet op de context waarin het begrip wordt gehanteerd. Betekent dit dan dat het concept rechtsgelijkheid bij (schuld)begrippen geen rol speelt? De omstandigheid dat de begrippen in een ander rechtsgebied worden gehanteerd betekent toch automatisch dat de context van de begrippen verschillend is? Dat moge zo zijn, toch kan de rechtsgelijkheid om die reden niet al bij voorbaat terzijde worden geschoven. Ook hier geldt namelijk dat een verschillende uitleg van begrippen eerst om *relevante* verschillen in de context vraagt. Dat is ook hoe de Hoge Raad tegen de uitleg van begrippen in verschillende rechtsgebieden aankijkt. De Hoge Raad streeft in dat verband niet alleen naar eenheid binnen één van de drie kolommen (burgerlijk recht, strafrecht en fiscaal recht), maar ook tussen de kolommen onderling:

“Begrippen die in twee of drie van de gebieden een rol spelen, moeten, zo mogelijk, dezelfde inhoud hebben. Dat kan alleen anders zijn indien de functie van een begrip het toelaat dat het verschillend wordt uitgelegd of aan die functie tekort zou worden gedaan als het gelijk, ongedifferentieerd zou worden uitgelegd.”¹²

De relevantie van de verschillen tussen de verschillende contexten van begrippen wordt gekleurd door de functie die aan het begrip is toegekend. Begrippen in het recht omschrijven immers rechtsfeiten, waaraan een zeker rechtsgevolg is gekoppeld. Zo bezien is het goed mogelijk dat begrippen die in een ander rechtsgebied worden gehanteerd een zeer vergelijkbare functie hebben, waardoor de context niet in relevante mate verschilt.

1.3 PROBLEEMSTELLING EN AFBAKENING

Hiervoor is toegelicht dat consistente begripsuitleg in het belang is van de rechteenheid, omdat hiermee het belang van rechtseenvoud, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wordt gediend. Tegelijk is aangegeven dat een consistente begripsuitleg niet per definitie vereist dat steeds dezelfde begrippen worden gebruikt en daar-

12. Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, p. 27.

aan dezelfde betekenis wordt gegeven, omdat de genoemde belangen daar niet steeds mee gediend zijn. Bij het streven naar rechtseenvoud mag de context van een begrip niet uit het oog worden verloren. Verscheidenheid is acceptabel, mits de variaties binnen hetzelfde kader plaatsvinden, niet te ver uiteenlopen en kan worden verklaard waarom de verschillen bestaan. Bij het streven naar rechtszekerheid mag de flexibiliteit van het rechtssysteem niet uit het oog worden verloren. Tot slot mag bij het streven naar rechtsgelijkheid niet worden vergeten dat die gelijkheid alleen nodig is als zich geen juridisch relevante verschillen voordoen.

Indachtig het bovenstaande wordt met behulp van een intern rechtsvergelijkend onderzoek beoogd om eventuele (in)consistentie tussen de uitleg van de schuldbegrippen in het arbeidsrecht en andere deelgebieden van het privaatrecht bloot te leggen. Het onderzoek vindt plaats aan de hand van de volgende probleemstelling:

“Is de uitleg van de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid intern consistent met vergelijkbare begrippen buiten het arbeidsrecht?”

Deze probleemstelling roept de volgende drie vragen op, die ter verduidelijking en verdere afbakening van het onderzoek hierna achtereenvolgens zullen worden beantwoord:

- I. Wat wordt bedoeld met ‘buiten het arbeidsrecht’?
- II. Wat wordt bedoeld met ‘intern consistent’?
- III. Wat wordt bedoeld met ‘vergelijkbare begrippen’?

1.3.1 *Wat wordt bedoeld met ‘buiten het arbeidsrecht’?*

Zoals aangegeven zal het onderzoek intern rechtsvergelijkend van aard zijn. In dat verband is een verwijzing naar Zondag op haar plaats, die in zijn oratie aan de Rijksuniversiteit Groningen wijst op het nut van interne rechtsvergelijking. Hij verwees in dat verband zelfs in het bijzonder naar de uitleg van schuldbegrippen binnen en buiten het arbeidsrecht:

“Rechtsgebieden kunnen veel van elkaar leren, veel meer dan vaak wordt gedacht. Soms is de rechtsontwikkeling op het ene terrein (aanzienlijk) verder gevorderd dan op het andere terrein. (...) De beoefenaar van het arbeidsrecht kan soms teruggrijpen op de ontwikkelingen bij andere overeenkomsten en vice versa. (...) Ook bij de interpretatie van wettelijke begrippen – één van de kerntaken van een jurist – zoals ‘grove schuld’, ‘bewuste roekeloosheid’ en ‘opzet’ is het zeer nuttig te kijken hoe het bij de ‘buren’ gesteld is. Daarbij mag uiteraard niet uit het oog worden verloren dat de interpretatie van een bepaald begrip wordt ingekleurd door de karakteristieken van het betreffende rechtsgebied.”¹³

13. W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht* (oratie Groningen), Den Haag: BJu 2004, p. 21-22.

Zondag wijst dus op het nut van een vergelijking tussen het arbeidsrecht en ‘de burens’, maar licht niet toe wat hij met de burens bedoelt. Een antwoord op die vraag is wel van belang in het licht van Zondags terecht opmerking – die ook als waarschuwing kan worden gelezen – dat de karakteristieken van de verschillende rechtsgebieden niet uit het oog mogen worden verloren. Rechtsregels uit verschillende rechtsgebieden kunnen niet zonder meer met elkaar worden vergeleken. Deze waarschuwing sluit aan bij de kanttekeningen die hiervoor al bij het belang van rechtseenvoud, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn geplaatst. Het streven naar consistentie betekent niet per definitie een streven naar uniformiteit: de context van het begrip mag niet uit het oog worden verloren.

Dit betekent dat er bij de beantwoording van de onderzoeksvraag rekening mee moet worden gehouden, dat het rechtsgebied waarmee een vergelijking wordt gemaakt niet te ver van het arbeidsrecht afstaat. Om die reden wordt er in dit onderzoek voor gekozen het onderzoeksobject te beperken tot rechtsgebieden die kunnen worden gerekend tot het privaatrecht, meer in het bijzonder het verbintenissenrecht.¹⁴ Dat deze rechtsgebieden een zekere samenhang hebben vloeit niet alleen voort uit de aard van de rechtsgebieden, maar ook uit de structuur waarin de wetgeving die deze rechtsgebieden beheerst is gegoten. Veel van de schuldbegrippen die worden onderzocht hebben een plaats in het BW. Het BW kent een gelaagde structuur, waardoor de verschillende afdelingen en titels systematisch met elkaar samenhangen. Daarmee is niet uitgesloten dat bepaalde deelgebieden van het privaatrecht, vanwege hun bijzondere kenmerken, een meer eigenstandige positie innemen: het arbeidsovereenkomstenrecht is daar een goed voorbeeld van. Dat al de deelgebieden van het privaatrecht onderdeel uitmaken van het gelaagde systeem van het BW, vormt buiten de al genoemde argumenten nog een extra argument om consistentie in het privaatrecht na te streven. Dit rechtvaardigt een vergelijking tussen de verschillende deelgebieden.

De keuze om het onderzoek te beperken tot het privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht, betekent dat schuldbegrippen uit het strafrecht, bestuursrecht (waaronder het sociaal zekerheidsrecht) en het fiscaal recht in dit onderzoek buiten beschouwing blijven (tenzij er bijzondere redenen zijn ze toch erbij te betrekken, zoals hierna zal blijken bij de analyse van opzet of roekeloosheid in het verzekeringsrecht).

14. Dit sluit aan bij de opvatting van Hartlief, volgens wie ‘het systeem’ waarbinnen consistentie moet worden nagestreefd als uitgangspunt het BW, maar uiteindelijk het privaatrecht omvat. Zie T. Hartlief, ‘Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht’, *WPNR* 2005/6647, p. 953-954.

1.3.2 *Wat wordt bedoeld met 'intern consistent'?*

Naar aanleiding van het in hoofdstuk 2 te bespreken arrest *City Tax/De Boer* heeft Hartlief zijn gedachten laten gaan over de consistentie van het gebruik van het begrip bewuste roekeloosheid in het privaatrecht.¹⁵ In *City Tax/De Boer* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bewuste roekeloosheid in artikel 7:661 BW hetzelfde betekent als bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 lid 2 BW.¹⁶ De Hoge Raad kwam tot die conclusie op basis van twee argumenten: (i) de bepalingen staan in dezelfde afdeling, (ii) de bepalingen hebben dezelfde ratio. Hartlief vraagt zich af deze argumenten nu echt zo zwaar zouden moeten wegen. Volgens Hartlief gaat het uiteindelijk om de interne consistentie, om de eenheid van ons recht, om rechtszekerheid. Dit brengt mij bij de tweede vraag die de probleemstelling oproept, namelijk wat moet worden verstaan onder 'interne consistentie'.

In het kader van dit onderzoek vraagt interne consistentie om een logische samenhang tussen het schuldbegrip enerzijds en de betekenis die daaraan wordt gegeven anderzijds. Voor 'interne consistentie' tussen het arbeidsrecht en andere rechtsgebieden is bovendien vereist dat die 'logische samenhang' het eigen rechtsgebied overstijgt. De wetmatigheden die de samenhang tussen begrip en betekenis beheersen zijn – met andere woorden – binnen en buiten het arbeidsrecht hetzelfde, zodat overeenkomsten en verschillen in de uitleg van schuldbegrippen aan de hand van die wetmatigheden op een logische wijze kunnen worden verklaard.

Hartlief is van mening dat interne consistentie moet worden gevonden aan de hand van de gebruikte *terminologie*, oftewel het gebruikte begrip. Worden dezelfde begrippen gebruikt, dan moeten zij, ongeacht waar zij voorkomen en ongeacht de ratio van het begrip, op dezelfde wijze worden uitgelegd. Als de functionaliteit van het begrip vraagt om differentiatie, dan zal die moeten bestaan in de *aanduiding van de term als zodanig* en niet in een wisselende inhoud van een en dezelfde term.

Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad blijkens het arrest *City Tax/De Boer* voor de uitleg van schuldbegrippen wel waarde hecht aan de ratio en de juridische context van het begrip. Dat sluit aan bij de kanttekeningen die hiervoor zijn geplaatst bij het belang van rechtseenvoud, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Ook in de literatuur wordt door sommige auteurs meer waarde gehecht aan bijvoorbeeld de

15. T. Hartlief, 'Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht', *WPNR* 2005/6646, p. 953-954.

16. HR 14 oktober 2005, *JAR* 2005, 271 (*City Tax/De Boer*).

ratio en historische achtergrond van het schuldbegrip dan aan terminologische consistentie.¹⁷

Eerder is al toegelicht dat consistentie ook niet per definitie hoeft te betekenen dat gelijke begrippen steeds hetzelfde betekenen. Variatie tussen de rechtsgebieden in gebruikte terminologie (de gebruikte schuldbegrippen) en de betekenissen daarvan is acceptabel. Daarvoor moeten de variaties wel binnen hetzelfde kader plaatsvinden, niet te ver uiteenlopen en moet kunnen worden verklaard waarom de verschillen bestaan. Als de gebruikte terminologie tussen de deelgebieden van het privaatrecht wat verschilt, maar de ratio van een begrip (goeddeels) overeenkomt en het schuldbegrip bovendien op (vrijwel) dezelfde manier wordt uitgelegd, kan evengoed sprake zijn van consistentie. Die consistentie bestaat dan niet op basis van terminologie maar op basis van ratio.

Naast consistentie op basis van terminologie en ratio is denkbaar dat consistentie ook kan worden gevonden op basis van nog een derde criterium. Zoals we in de volgende twee hoofdstukken zullen zien, bieden opzet en bewuste roekeloosheid steeds bescherming aan een van twee partijen die met elkaar een (potentiële) rechtsbetrekking hebben. Het is denkbaar dat het gewenste niveau van bescherming – en daarmee de uitleg van het gehanteerde schuldbegrip – samenhangt met het type rechtssubject dat wordt beschermd. Zou een particulier/natuurlijke persoon bijvoorbeeld een hoger niveau van bescherming moeten worden geboden dan een (doorgaans als economische sterkere partij aangemerkte) onderneming/rechtspersoon? Overigens moet hierbij worden bedacht dat het beschermingsniveau dat een bepaald type rechtssubject toekomt nauw samenhangt met de ratio van de bepaling waarin het schuldbegrip wordt gehanteerd. De ratio van een bepaald beschermingsniveau kan juist zijn dat een bepaald rechtssubject – gelet op zijn specifieke kenmerken – bijzondere bescherming nodig heeft. Dit betekent dat ratio en type rechtssubject wel van elkaar kunnen worden *onderscheiden*, maar niet geheel kunnen worden *gescheiden*.

17. Zie bijvoorbeeld C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip 'bewuste roekeloosheid' in titel 7.10 BW', *ArA* 2003/3, p. 43-69 en W.M. van Dunné, 'Bewuste roekeloosheid en het beroep op exoneratieclausules in het algemene contractenrecht', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004, p. 116 e.v. Ook de auteurs van de eerder aangehaalde publicatie van het Sanders Instituut kwamen tot de conclusie dat de karakteristieken van de verschillende rechtsgebieden van belang zijn. In het bijzonder verwijzen zij naar de *functie* van het begrip bewuste roekeloosheid in het betreffende deelgebied. Die *functionaliteit* binnen het rechtssysteem – zo luidde de conclusie – bepaalt in hoge mate de betekenis en inhoud van het begrip. Zie K.F. Haak, 'Intro bewuste roekeloosheid: uniformiteit of pluriformiteit?', in: K.F. Haak, F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004, p. 1.

Dit alles betekent dat ‘interne consistentie’ op verschillende manieren kan worden gevonden, namelijk op basis van terminologie, ratio en type rechtssubject. Daaraan zal rekenschap worden gegeven bij de methode van onderzoek, zoals in paragraaf 1.4 zal worden toegelicht.

1.3.3 *Wat wordt bedoeld met ‘vergelijkbare begrippen’?*

De laatste vraag die beantwoording behoeft is wat moet worden verstaan onder vergelijkbare begrippen. Deze vraag valt uiteen in twee deelvragen, die hierna zullen worden beantwoord:

- 1) Waarom wordt in dit onderzoek gekozen voor een vergelijking met de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid?
- 2) Op basis van welke criteria worden vergelijkbare begrippen buiten het arbeidsrecht geselecteerd?

Waarom de keuze voor opzet en bewuste roekeloosheid?

Zoals hiervoor beschreven komen de schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid op meerdere plaatsen in het arbeidsrecht voor. Buiten het arbeidsrecht worden deze begrippen (en begrippen die daar terminologisch veel op lijken) eveneens veelvuldig gehanteerd. Om die reden ligt de keuze voor onderzoek naar de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid voor de hand.

De vraag rijst echter of andere arbeidsrechtelijke begrippen zich eveneens lenen voor rechtsvergelijkend onderzoek. In het bijzonder kan worden gedacht aan de begrippen ‘verwijtbaar handelen of nalaten’ als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW en het criterium ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’, dat sinds de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid in tal van wetsbepalingen wordt gehanteerd. Ook kan worden gedacht aan ‘opzet of schuld’ als bedoeld in artikel 7:656 lid 5 BW en artikel 7:677 lid 2 BW.

Dat ‘verwijtbaar handelen of nalaten’ en ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ buiten de kaders van het onderzoek vallen, houdt verband met de aard van deze begrippen. Bij kwalificatie van gedragingen als ‘verwijtbaar handelen of nalaten’, gaat het uiteindelijk om de vraag of sprake is van een redelijke grond voor ontslag. Bij ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ gaat het strikt genomen niet om een redelijke grond voor ontslag, maar wel om de vraag of het handelen of nalaten van de werkgever of de werknemer dat tot het ontstaan van de redelijke grond voor

ontslag heeft geleid, kwalificeert als ernstig verwijtbaar.¹⁸ Andere privaatrechtelijke schuldbegrippen hebben echter betrekking op aansprakelijkheid voor of verhaal van schade.¹⁹ Bij (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten is dat niet het geval. Verwijtbaar handelen of nalaten als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW heeft tot gevolg dat de werkgever (eenzijdig) de arbeidsovereenkomst kan doen eindigen. Het bestaan van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten heeft consequenties voor de gevolgen van het ontslag. Het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer is dat de werknemer geen recht heeft op betaling van de wettelijke transitievergoeding, terwijl bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever de rechter de mogelijkheid heeft een additionele billijke vergoeding toe te kennen. Daarnaast zal ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer leiden tot een snellere ontbinding van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:671b lid 9 sub b BW) en heeft het tot gevolg dat de werkgever geen vergoeding verschuldigd kan zijn voor de toepasselijkheid van het concurrentiebeding (artikel 7:653 lid 5 BW). Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever heeft bovendien tot gevolg dat de werkgever geen rechten meer kan ontleen aan een met de werknemer overeengekomen concurrentiebeding (artikel 7:653 lid 4 BW). Daarmee vormen de begrippen (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten binnen het privaatrecht een bijzondere categorie, die in het kader van dit onderzoek niet met andere privaatrechtelijke (schuld)begrippen kan worden vergeleken.

De reden waarom de begrippencombinatie ‘opzet of schuld’ in artikelen 7:656 en 7:677 BW buiten de kaders van dit onderzoek valt, houdt geen verband met de aard van deze begrippen. De begrippen zouden in beginsel voor vergelijking met andere privaatrechtelijke schuldbegrippen in aanmerking komen, ware het niet dat onderzoek naar deze begrippen tot onvoldoende resultaat heeft geleid. De par-

18. Vgl. HR 8 februari 2019, *JAR* 2019/73, m.nt. Said (Woondroomzorg). De Hoge Raad maakt in deze beschikking duidelijk dat de omstandigheden van het geval – waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer – slechts van belang zijn, voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer dat *tot het ontslag heeft geleid*. De overige omstandigheden van het geval (dus omstandigheden die geen verband houden met de gedragingen van de werknemer die tot het ontslag hebben geleid, noch met de verwijtbaarheid van die gedragingen) zijn in dit verband niet van betekenis, aldus de Hoge Raad.

19. Hoewel ‘opzet’ in artikel 7:629 lid 3 sub a BW strikt genomen geen verband houdt met aansprakelijkheid of verhaal van schade, laat het begrip zich beter vergelijken met schuldbegrippen waarbij dat wel het geval is. Het gaat immers om de vraag of de werkgever gehouden is het loon door te betalen tijdens arbeidsongeschiktheid, die het directe gevolg is van de eigen gedragingen van de werknemer. De gelijkenissen met het aansprakelijkheidsrecht zijn evident.

mentaire geschiedenis biedt nauwelijks handvatten.²⁰ Jurisprudentie (van de Hoge Raad) is uiterst schaars en geeft voor dit onderzoek geen relevante inzichten.²¹ Hetzelfde geldt voor de literatuur. Al met al was het niet mogelijk om voldoende inzicht te verkrijgen in de uitleg en ratio van de begrippencombinatie ‘opzet of schuld’ in artikel 7:656 en 7:677 BW, laat staan dat het mogelijk was om een vergelijking te maken met andere privaatrechtelijke schuldbegrippen. Om die reden is de keuze gemaakt om de begrippen niet bij het onderzoek te betrekken.

Vergelijkbare begrippen buiten het arbeidsrecht

Hiermee worden begrippen bedoeld die voldoende taalkundige verwantschap vertonen met de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid, zodat vergelijking met die begrippen in het kader van dit onderzoek gerechtvaardigd is. Hieronder zal worden toegelicht op basis van welke criteria de afbakening van de onderzochte schuldbegrippen heeft plaatsgevonden.

In de eerste plaats is een inventarisatie gemaakt van alle schuldbegrippen die voorkomen in formele wetgeving. Deze inventarisatie heeft plaatsgevonden op basis van trefwoorden in de digitale database van de Rijksoverheid.²² Om te realiseren dat sprake is van taalkundige verwantschap met de begrippen die in hoofdstuk 2 zijn onderzocht, is de database doorzocht op de volgende zoektermen: ‘grove schuld’, ‘bewuste roekeloosheid’, ‘roekeloos’, ‘roekeloosheid’ en ‘ernstig verwijt’. De keuze voor deze zoektermen is gebaseerd op zowel de huidige wettelijke arbeidsrechtelijke begrippen, als de begrippen die – zoals zal blijken in hoofdstuk 2 – in oudere arbeidsrechtelijke wetgeving en jurisprudentie werden gehanteerd. Daarnaast is de database doorzocht op de zoekterm ‘opzet’, om wettelijke bepalingen te vinden waarin het begrip opzet geïsoleerd wordt gehanteerd, zoals ook het geval is in artikel 7:629 lid 3 sub a BW. Deze methode leidde tot de volgende bevindingen.

-
20. In de wetsgeschiedenis van artikel 1638aa BW (oud), de voorganger van het huidige artikel 7:656 BW valt alleen af te leiden dat de regeling tot niets anders strekt dan het getuigschrift te brengen onder het algemene regime van de onrechtmatige daad en dat voor degene die een getuigschrift afgeeft de gebruikelijke zorgvuldigheidsregels gelden. Zie A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907 (Staatsblad, n^o. 193)*, derde deel, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908, p. 395. Nog los van de vraag of aan deze opmerking gezien de datering thans nog enige betekenis toekomt, is onduidelijk wat deze opmerking onder het positieve recht zegt op de betekenis van opzet of schuld. Evenmin is duidelijk hoe een en ander zich verhoudt tot opzet of schuld in artikel 7:677 BW.
 21. De Hoge Raad heeft over opzet of schuld in artikel 7:677 BW tot op heden uitsluitend geoordeeld dat de werknemer die zich op het standpunt stelt dat hiervan geen sprake is, dat uitdrukkelijk zal moeten betwisten. Als namelijk komt vast te staan dat sprake was van een dringende reden, zal de rechter zonder gemotiveerde betwisting van opzet of schuld door de werknemer, een door de werkgever verzochte vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW mogen toekennen. Zie HR 14 maart 2008, *JAR* 2008/109. De Hoge Raad laat zich in dit arrest niet uit over de betekenis van opzet of schuld.
 22. Deze kan worden geraadpleegd op <http://wetten.overheid.nl/zoeken>.

Grove schuld

Bij het begrip ‘grove schuld’ is een onderscheid gemaakt tussen categorieën A tot en met E. De onder A genoemde wettelijke bepalingen staan in de sleutel van de vraag of een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. De onder B genoemde bepaling heeft betrekking op ambtsmisdrijven en is strafrechtelijk van aard. Daarmee vallen zij buiten het domein van het verbintenissenrecht, zodat die begrippen niet aan een nader onderzoek zullen worden onderworpen. Categorie C bevat wel verbintenissenrechtelijke schuldbegrippen. Deze schuldbegrippen zullen daarom aan een nader onderzoek worden onderworpen. Ook de onder D genoemde wettelijke bepaling is weliswaar privaatrechtelijk van aard, maar het daaruit voortvloeiende recht een zakelijk recht, dat behoort tot het domein van het goederenrecht. Daarmee valt de bepaling buiten het domein van dit onderzoek. Tot slot is ook een aantal begrippen geschaard onder categorie E. Deze begrippen zijn weliswaar privaatrechtelijk van aard, maar kunnen met recht worden beschouwd als ‘exoten’. Deze bepalingen staan zo ver af van het arbeidsrecht dat er om die reden voor is gekozen deze schuldbegrippen niet bij dit onderzoek te betrekken.

Tabel 1.1 **grove schuld**

Grove schuld									
A		B		C		D		E	
–	artikel 17a lid 11 Algemene Kinderbijslagwet;	–	artikel 356 Wetboek van Strafrecht.	–	artikel 7:757 lid 1 BW; artikel 3 Loodsenwet; artikel 139 lid 3 Wetboek van Koophandel.	–	artikel 5:54 lid 3 BW.	–	artikel 4 leden 3 en 4 Wet houdende verklaring van het algemeen nut der onteigening van percelen, erfdienstbaarheden en andere zakelijke rechten ten behoeve van de inrichting van een buisleidingenstraat vanaf Pernis langs Klundert naar de Schelde nabij de Nederlands-Belgische grens;
–	artikel 17c lid 12 Algemene Ouderdomswet;								
–	artikelen 9:1 lid 2, 9:2 lid 2, 9:3 lid 2 en 9:4 lid 2 Algemene Douanewet;								
–	artikel 39 lid 11 Algemene Nabestaandenwet;								
–	artikel 41 leden 1 en 2 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen;								
–	artikelen 10a lid 3, 67e leden 1, 2 en 3 en 67f leden 1 en 2							–	artikel 1:25d leden 1 en 2 Wet op het financieel toezicht

Grove schuld

Algemene Wet inzake Rijksbelastingen;	(aansprakelijkheid bestuurders en commissarissen NNB en AFM);
– artikelen 18a lid 13 en 47g lid 13 Participatiewet;	– artikel 23 Rijkswet vrijwillige zetelver- plaatsing van rechtspersonen.
– artikel 6b lid 10 Remigratiewet;	
– artikel 75 lid 2 Successiewet 1956;	
– artikel 14a lid 13 Toeslagenwet;	
– artikel 27a lid 13 Werkloosheidswet;	
– artikel 48 lid 13 Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen;	
– artikelen 2:69 lid 14 en 3:40 lid 13 Wet arbeidsongeschiktheidsvoorzieningen jonggehandicapten;	
– artikel 20a lid 12 Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijke arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen;	
– artikel 20a lid 12 Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werk- loze werknemers;	
– artikel 21 lid 13 Wet inkomensvoorziening oudere werklozen;	

Grove schuld

- artikel 29a lid 13
Wet op de arbeids-
ongeschiktheidsver-
zekering;
 - artikel 11 lid 1 Wet
op de internationale
bijstandsverlening
bij de heffing van
belastingen;
 - artikel 29h lid 1 Wet
op de vennoot-
schapsbelasting
1969;
 - artikel 83c lid 2 Wet
structuur uitvoe-
ringsorganisatie
werk en inkomen;
 - artikel 91 lid 13 Wet
werk en inkomen
naar arbeidsvermo-
gen;
 - artikel 45a lid 14
Ziektewet.
-

Roekeloos

Bij het begrip ‘roekeloos’ kunnen drie categorieën worden onderscheiden. De wettelijke bepalingen genoemd onder A zijn strafrechtelijk van aard en vallen om die reden buiten het bereik van dit onderzoek. Ook de bepaling onder B valt buiten het bereik van het onderzoek, omdat hierin de (on)mogelijkheid van het opleggen van een bestuurlijke boete is geregeld. Onder C is een groot aantal wetsbepalingen genoemd die wel privaatrechtelijk van aard zijn. Deze wetsbepalingen vallen alle binnen de sfeer van het vervoersrecht. Het sleutelcriterium is in deze bepalingen het handelen dat is verricht ‘hetzij met het opzet de schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’. Het criterium uit de onder C genoemde wetsbepalingen valt onder het domein van het verbintenissenrecht en zal om die reden bij dit onderzoek worden betrokken.

Tabel 1.2 roekeloos

Roekeloos		
A	B	C
– artikel 56 sub a Noodwet Arbeidsvoorziening;	– artikel 1.72 lid 2 Wet kinderopvang;	– artikelen 8:73 BW, 8:111 lid 1 BW, 8:366 BW, 8:388 lid 5 BW, 8:504c leden 1 en 2 BW, 8:623 lid 5 sub f BW, 8:754 BW, 8:901 lid 2 BW, 8:906 lid 1 BW, 8:984 lid 1 BW, 8:1033 lid 5 sub f BW, 8:1064 BW, 8:1108 lid 1 BW, 8:1158 lid 1 BW, 8:1185 lid 1 BW, 8:1213 lid 5 sub f BW, 8:1218 lid 2 BW, 8:1401 BW, 8:1402 lid 3 BW, artikel 8:1584 BW, 8:1592 lid 2 sub d BW, 8:1673 lid 5 sub f BW, 8:1678 lid 2 BW en 8:1727 lid 1 sub c BW;
– artikel 42 sub a Noodwet Geneeskundigen.		– artikel 29 lid 5 Postwet 2009;
		– artikelen 3 leden 5 en 6 en 4 lid 2 Wet aansprakelijkheid olietankschepen.

Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid

Bij de schuldbegrippen ‘roekeloosheid’ en ‘bewuste roekeloosheid’ is een onderscheid gemaakt tussen drie categorieën. De bepalingen die zijn genoemd onder A zijn strafrechtelijk van aard en vallen daarom buiten het domein van het onderzoek. Het onder categorie B genoemde artikel 7:952 BW heeft betrekking op de verzekeringsovereenkomst. Deze bepaling valt binnen het bereik van het onderzoek en zal daarom worden behandeld. Onder categorie C zijn twee bepalingen genoemd die weliswaar privaatrechtelijk van aard, maar vanwege hun ‘exotische’ karakter bij dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Bij het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ kan slechts één categorie worden onderscheiden (categorie D). Onder deze categorie vallen in de eerste plaats diverse bepalingen in socialezekerheidswetten, waarin het civiele regresrecht van uitkeringsinstanties is geregeld op een aansprakelijke derde. In artikel 6:107a BW is een vergelijkbare regeling opgenomen voor het regresrecht van een werkgever die op grond van artikel 7:629 BW gehouden is het loon van een werknemer door te betalen tijdens arbeidsongeschiktheid. De onder D genoemde wetsbepalingen vallen alle binnen het domein van dit onderzoek.

Tabel 1.3 roekeloosheid en bewuste roekeloosheid

Roekeloosheid			Bewuste roekeloosheid	
A	B	C	D	
– artikel 175 lid 2 Wegenverkeerswet;	– artikel 7:95 2 BW.	– artikel 25e lid 4 sub a en b Wet bescherming Antarctica;	– artikel 62 lid 1 Algemene nabestaandenwet;	– artikel 10.2.3 lid 1 Wet langdurige zorg;
– artikel 307 lid 2 en 308 lid 2 Wetboek van Strafrecht.		– artikel 7.3 lid 1 Wet luchtvaart.	– artikel 2.4.3 lid 4 Wet maatschappelijke ondersteuning 2015;	– artikel 91 lid 1 Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering;
			– artikel 100 lid 1 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen;	– artikel 52b lid 1 Ziektewet;
			– artikel 6:107a lid 4 BW.	

Ernstig verwijt

Het begrip ‘ernstig verwijt’ is één keer in de wet opgenomen, namelijk in artikel 2:9 lid 2 BW. Deze bepaling heeft betrekking op de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen wegens onbehoorlijk bestuur en valt binnen het domein van het onderzoek.

Opzet

Het begrip opzet wordt in een viertal categorieën van bepalingen geïsoleerd gebruikt. De bepalingen onder categorie A en B vallen onder het materiële respectievelijk formele strafrecht en vallen daarmee buiten het bereik van het onderzoek. De wetsbepalingen onder C zijn privaatrechtelijk van aard en vallen alle onder het bereik van dit onderzoek. Tot slot is onder D een aantal bepalingen genoemd dat vanwege hun ‘exotische’ karakter niet bij het onderzoek wordt betrokken.

Tabel 1.4 opzet

Opzet							
A		B		C		D	
–	artikel 1 lid 1 sub f en g Wet internationale misdrijven.	–	artikel 41 lid 5 Wet inlichtingen en veiligheidsdiensten 2017;	–	artikel 6:178 sub e BW; artikel 7:23 lid 3 BW;	–	artikel 8:504 lid 3 sub b BW;
		–	artikel 126h lid 2, 126i lid 2, 126p lid 2, 126q lid 2, 126w lid 3, 126x lid 3, 126ij lid 3, 126z lid 3, 126zd lid 2, Wetboek van Strafvordering.	–	artikelen 7:928 lid 6 BW, 7:929 lid 2 BW, 7:930 lid 5 BW, 7:938 lid 1 BW, 7:939 BW, 7:940 lid 3 BW en 7:941 lid 5 BW.	–	artikelen 8:623 lid 2 sub b, 8:641 lid 3 sub b BW, 8:1033 lid 2 sub b BW, 8:1213 lid 2 sub b BW, 8:1673 lid 2 sub b BW;
						–	artikel 3 lid 2 Wet aansprakelijkheid olietankschepen;
						–	artikel 2 leden 5 en 6 sub a Wet wettelijke aansprakelijkheid exploitanten nucleaire schepen.

Schuldbegrippen uit de jurisprudentie

Naast de schuldbegrippen die in de wet zijn geregeld, zijn er ook schuldbegrippen die niet in een wettelijke bepaling zijn opgenomen, maar die alleen in vaste jurisprudentie (van de Hoge Raad) voorkomen. Voor zover deze schuldbegrippen voldoen aan dezelfde kenmerken als de wettelijke schuldbegrippen die voor onderzoek in aanmerking komen (zij zouden zijn gevonden op basis van de gebruikte trefwoorden en behoren tot het privaatrecht, meer in het bijzonder het verbintenissenrecht), vallen deze eveneens binnen het domein van dit onderzoek.

Het eerste schuldbegrip uit de jurisprudentie dat aan deze kenmerken voldoet is het begrip ‘ernstig verwijt’ dat volgens de Hoge Raad ook de maatstaf is wanneer het gaat over de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon ten opzichte van een derde, wiens vordering op die rechtspersoon onbetaald en onverhaalbaar is gebleven (de zogeheten ‘externe’ bestuurdersaansprakelijkheid). Ook de begrippencombinatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ in de context van het contractenrecht voldoet aan de genoemde kenmerken. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een contractuele beperking van aansprakelijkheid (exoneratie) onder omstandigheden niet bindend is als de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. Het laatste uit de jurisprudentie voortvloeiende schuldbegrip dat voldoet aan de genoemde kenmerken is het criterium ‘aan opzet grenzende roeke-

loosheid'. Dit begrip is van belang in verband met de zogeheten 100%- en 50%-regels in het verkeersaansprakelijkheidsrecht.

Selectie van vergelijkbare schuldbegrippen

Samengevat zullen de volgende niet-arbeidsrechtelijke schuldbegrippen bij dit onderzoek worden betrokken:

- opzet of roekeloosheid als bedoeld in artikel 7:952 BW;
- opzet of roekeloosheid met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien, als bedoeld in het vervoersrecht;
- opzet of grove schuld uit artikel 3 Loodsenwet;
- opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht in verband met exonerationclausules;
- opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht in verband met de 50%- en 100%-regels;
- opzet of bewuste roekeloosheid in verband met het regresrecht van instanties die zijn belast met de uitvoering van socialezekerheidswetten op werkgevers en collega-werknemers;
- opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 6:107a lid 4 BW;
- het criterium 'ernstig verwijt' ex artikel 2:9 BW (interne bestuurdersaansprakelijkheid);
- het criterium 'ernstig verwijt' in relatie tot de externe bestuurdersaansprakelijkheid;
- opzet of grove schuld als bedoeld in artikel 7:757 lid 1 BW;
- grove schuld als bedoeld in artikel 139 lid 3 Wetboek van Koophandel;
- opzet als bedoeld in artikel 6:178 sub e BW;
- opzet als bedoeld in artikel 7:23 lid 3 BW;
- opzettelijke misleiding van de verzekeraar als bedoeld in titel 7.17 BW.

Hoewel opzet of grove schuld als bedoeld in artikel 7:757 lid 1 BW en grove schuld als bedoeld in artikel 139 lid 3 Wetboek van Koophandel voor onderzoek in aanmerking komen, is bij het verrichten van het onderzoek geconstateerd dat over deze schuldbegrippen onvoldoende informatie voorhanden is om een vergelijking met het arbeidsrecht te kunnen maken. De parlementaire geschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor de uitleg van deze schuldbegrippen. Jurisprudentie is niet voorhanden, noch van de Hoge Raad, noch van lagere instanties. Om die reden zullen deze begrippen niet verder in het onderzoek worden betrokken.

1.4 ONDERZOEKSMETHODE (DE 'TRT-TOETS')

Hiervoor is al aangegeven dat dit onderzoek gebruikmaakt van interne rechtsvergelijking. Bij interne rechtsvergelijking wordt onderzoek gedaan naar begrippen, rechtsbeginselen of juridische figuren die in meerdere rechtsgebieden voorkomen.

Die vergelijking is vaak toegespitst op specifieke normen, begrippen of figuren. Een vergelijking van meerdere rechtsgebieden in hun geheel is immers weinig zinvol.²³ De methode van interne rechtsvergelijking leent zich dus bij uitstek voor de beantwoording van de geformuleerde onderzoeksvraag.

Nadat hiervoor de probleemstelling is toegelicht en het onderzoeksterrein is afgebakend, zal in deze paragraaf de methode van onderzoek worden beschreven. Bij de onderzoeksmethode moet enerzijds in het oog worden gehouden welke belangen consistente begripsuitleg dient (rechtseenvoud, rechtszekerheid en rechtsgeelijkheid); anderzijds mogen de genoemde kanttekeningen niet uit het oog worden verloren. Consistente begripsuitleg vereist niet per definitie dat steeds dezelfde begrippen worden gebruikt en daaraan dezelfde betekenis wordt gegeven. De context van een begrip mag niet uit het oog worden verloren. Verscheidenheid is acceptabel, mits de variaties binnen hetzelfde kader plaatsvinden, niet te ver uiteenlopen en kan worden verklaard waarom de verschillen bestaan. Ook mag de flexibiliteit van het systeem niet te veel onder druk komen te staan.

Hiervoor zijn in paragraaf 1.3.2 drie eigenschappen genoemd, op basis waarvan sprake kan zijn van interne consistentie: (1) terminologie, (2) ratio en (3) type rechtssubject. Deze eigenschappen zullen de gezichtspunten vormen op basis waarvan de interne (in)consistentie van de uitleg van schuldbegrippen in het arbeidsrecht en daarbuiten zal worden getoetst. Deze toetsingsmethode zal in het vervolg van dit proefschrift voor het gemak kort worden aangeduid als de 'TRT-toets'.

De vraag is vervolgens *hoe* de (in)consistentie van het arbeidsrecht met andere rechtsgebieden aan de hand van deze gezichtspunten kan worden beoordeeld. Met andere woorden: wat is het toetsingskader dat wordt gehanteerd en wat zijn de daarbij behorende (wegings)factoren en/of indicatoren?

Voor de beantwoording van die vraag is het in de eerste plaats van belang om te benadrukken dat dit in hoofdzaak een arbeidsrechtelijk onderzoek is. Daarom luidt de onderzoeksvraag of de uitleg van opzet en bewuste roekeloosheid *in het arbeidsrecht* intern consistent is met de uitleg van deze begrippen buiten het arbeidsrecht. Dit betekent dat met dit onderzoek niet is beoogd om de interne consistentie van de uitleg van opzet en bewuste roekeloosheid in het privaatrecht als geheel te onderzoeken. Daarom zal aan de arbeidsrechtelijke uitleg van de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid een bijzondere plaats worden toegekend in

23. R.J.N. Schlössels, 'Rechtspleging en het belang van interne rechtsvergelijking. De 'interne' vergelijkingsmethode bezien, met name vanuit het bestuursprocesrecht', in: R. Baas e.a. (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 263.

dit onderzoek. Het arbeidsrecht zal namelijk worden afgezet tegen alle andere privaatrechtelijke schuldbegrippen.

In de tweede plaats is van belang dat wordt gezocht naar (in)consistentie van de *uitleg* van de schuldbegrippen, afgezet tegen de drie gezichtspunten uit de TRT-gezichtspunten. Het toetsingskader dat bij de TRT-toets zal worden gehanteerd is – per gezichtspunt – steeds als volgt:

- i. Er is een aanwijzing voor consistentie, wanneer bij dezelfde terminologie, dezelfde ratio en/of hetzelfde type rechtssubject aan het schuldbegrip dezelfde uitleg wordt gegeven.
- ii. Er is een aanwijzing voor inconsistentie, wanneer bij dezelfde terminologie, dezelfde ratio en/of hetzelfde type rechtssubject aan het schuldbegrip een andere uitleg wordt gegeven.
- iii. Naarmate de terminologie, de ratio of het type rechtssubject meer van elkaar verschillen, is minder snel sprake van inconsistentie, als de uitleg van de schuldbegrippen van elkaar verschilt.
- iv. Naarmate de terminologie, de ratio of het type rechtssubject meer met elkaar overeenkomen, zal bij een verschillende uitleg van de schuldbegrippen sneller sprake zijn van inconsistentie.

Bij het bovenstaande toetsingskader moet overigens worden vooropgesteld dat naarmate er bij begrippen buiten het arbeidsrecht onderling sprake is van minder consistentie (aan de hand van bovenstaande aanwijzingen), er ook minder snel sprake is van een inconsistente uitleg van de arbeidsrechtelijke begrippen. In dat geval kan hooguit worden gesproken van ‘consistente inconsistentie’.

1.5 OPZET VAN HET ONDERZOEK

Het onderzoek bestaat in wezen uit drie delen. In het eerste deel wordt uitsluitend aandacht besteed aan het arbeidsrecht. Het tweede deel staat in het teken van de schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht. In het derde deel worden de bevindingen uit deze twee delen met elkaar geconfronteerd en wordt de TRT-toets toegepast. Deze drie delen van het onderzoek vormen ook de inhoud van hoofdstukken 2 tot en met 4.

Hoofdstuk 2 staat in het teken van het arbeidsrecht. Achtereenvolgens zullen in dit hoofdstuk (opzet of) bewuste roekeloosheid als bedoeld in artikelen 7:658 lid 2 BW, artikel 7:661/6:170 lid 3 BW, de verzekeringsplicht uit hoofde van artikel 7:611 BW en opzet als bedoeld in artikel 7:629 lid 3 sub a BW aan bod komen. Met dit hoofdstuk is niet alleen beoogd om de uitleg van opzet en bewuste roekeloosheid naar positief recht in kaart te brengen, maar ook om zowel de juridische en historische achtergrond en de ratio van het schuldbegrip per bepaling afzonderlijk uiteen te

zetten. Per bepaling zal dit (waar mogelijk) gebeuren aan de hand van het volgende stramien: eerst wordt de juridische en historische achtergrond geschetst; vervolgens wordt ingegaan op de parlementaire geschiedenis; daarna wordt de rechtspraak van de Hoge Raad besproken, aansluitend wordt de ratio van het betreffende schuldbegrip toegelicht en tot slot wordt de toepassing van het schuldbegrip in de lagere rechtspraak uiteengezet.

Hoofdstuk 3 heeft dezelfde doelstelling als hoofdstuk 2, maar dan met betrekking tot schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht. Dit betekent dat de opzet van hoofdstuk 3 vergelijkbaar is met de opzet van hoofdstuk 2. Waar mogelijk zal ook hier achtereenvolgens – per schuldbegrip afzonderlijk – de juridische en historische achtergrond, parlementaire geschiedenis, rechtspraak van de Hoge Raad, de ratio van het schuldbegrip en lagere rechtspraak worden besproken.

In hoofdstuk 4 worden het arbeidsrecht en de andere deelgebieden van het privaatrecht met elkaar geconfronteerd. Eerst zal een vergelijking worden gemaakt tussen de uitleg van de in hoofdstukken 2 en 3 onderzochte schuldbegrippen. Daarbij staat de vraag centraal van welke begrippen de uitleg het dichtst bij het arbeidsrecht staat en welke begrippen hier qua uitleg verder vanaf staan. Vervolgens zal de TRT-toets worden aangelegd. Dat betekent dat per gezichtspunt – terminologie, ratio en type rechtssubject – zal worden nagegaan van welk schuldbegrip deze kenmerken dichter of juist verder van het arbeidsrecht afstaan. Daarna worden deze bevindingen afgezet tegen de uitleg van het schuldbegrip en wordt per gezichtspunt het bij de TRT-toets behorende toetsingsmodel gehanteerd. Tot slot wordt de vraag beantwoord of de uitleg van de arbeidsrechtelijke schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid op basis van de TRT-toets intern consistent is met de uitleg van de onderzochte schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht.

In hoofdstuk 5 worden de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken samengevat. Vervolgens wordt in dit hoofdstuk onderzocht of een ander model de voorkeur verdient boven het huidige model dat is gebouwd rondom schuldbegrippen met een vastomlijnde betekenis. In dat kader worden ook enkele inhoudelijke aanbevelingen gedaan.

Het doel van dit hoofdstuk is in kaart te brengen welke uitleg naar de huidige stand van het positieve recht wordt gegeven aan opzet en bewuste roekeloosheid in titel 7.10 BW, alsook welke ratio aan die begrippen ten grondslag ligt. Voor een goed begrip van de huidige stand van het positieve recht is vereist dat ook in kaart wordt gebracht hoe de uitleg van de arbeidsrechtelijke schuldbegrippen zich door de jaren heen heeft ontwikkeld. Daarnaast is het van belang om te inventariseren welke aanwijzingen de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad geven over de uitleg van opzet en bewuste roekeloosheid en hoe deze begrippen in de lagere rechtspraak worden toegepast.

Het eerste deel van dit hoofdstuk zal worden gewijd aan de begrippencombinatie opzet of bewuste roekeloosheid. De wetsebepalingen waarin deze begrippen voorkomen – artikelen 7:658, 6:170/7:661 en 7:611 BW – zullen afzonderlijk worden besproken. Daarvoor bestaan twee redenen. In de eerste plaats – zo zal blijken – verschilt de wijze waarop de begrippen zich door de jaren heen hebben ontwikkeld sterk per bepaling. In de tweede plaats zal moeten worden onderzocht of, en zo ja in hoeverre, de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid per artikel dezelfde positiefrechtelijke betekenis hebben.

De bespreking van de schuldbegrippen zal per paragraaf zoveel mogelijk aan de hand van hetzelfde stramien plaatsvinden. Eerst zal een beschrijving worden gegeven van de historische en juridische achtergrond van het behandelde schuldbegrip. Vervolgens zal de parlementaire geschiedenis worden besproken. Daarna zal de jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van de schuldbegrippen worden behandeld. Omdat opzet of bewuste roekeloosheid ex artikel 7:611 BW volledig is gebaseerd op jurisprudentie van de Hoge Raad, zal geen (sub)paragraaf worden gewijd aan de parlementaire geschiedenis. In paragraaf 2.5 volgt een tussenconclusie over de uitleg van (opzet of) bewuste roekeloosheid in titel 7.10 BW, waarna in paragraaf 2.6 zal worden nagegaan of, en zo ja, in hoeverre, de uitleg

van deze schuldbegrippen op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad ook in de lagere rechtspraak navolging heeft gekregen.

Het tweede deel van dit hoofdstuk behandelt het begrip opzet ex artikel 7:629 lid 3 sub a BW. Dit begrip zal worden besproken in paragraaf 2.7 en zal zoveel mogelijk volgens het hiervoor uiteengezette stramien worden behandeld. Voor het opzetbegrip ex artikel 7:629 lid 3 sub a BW geldt echter dat de Hoge Raad zich tot op heden nog niet over de betekenis van het begrip heeft uitgelaten. Hieraan zal derhalve geen aparte (sub)paragraaf worden gewijd. Er moet worden volstaan met een bespreking van de lagere rechtspraak.

In paragraaf 2.8 zal worden afgesloten met een conclusie. In deze conclusie zullen de bevindingen uit dit hoofdstuk worden samengevat.

2.2 OPZET OF BEWUSTE ROEKELOOSHEID IN ARTIKEL 7:658 BW

2.2.1 *Historische en juridische achtergrond*

Het huidige wettelijke systeem van artikel 7:658 BW

Artikel 7:658 lid 1 BW schrijft aan de werkgever een zorgplicht voor. Op de werkgever rust de verplichting om de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de werknemer arbeid laat verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden en daarnaast voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken, als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

Schending van deze zorgplicht kan voor de werkgever resulteren in aansprakelijkheid voor de door de werknemer geleden schade. In artikel 7:658 lid 2 BW is bepaald dat als de werknemer schade lijdt in de uitoefening van de werkzaamheden, de werkgever aansprakelijk is, tenzij sprake is van een van de drie mogelijke uitzonderingen. In de eerste plaats kan de werkgever aantonen dat hij de op hem rustende zorgplicht heeft nageleefd. In afwijking van de normale regels van het aansprakelijkheidsrecht hoeft de partij die aansprakelijk stelt – de werknemer – niet te stellen en bewijzen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden.¹ Als eenmaal is komen vast te staan dat de werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden, rust de stelplicht en bewijslast van het naleven van de zorgplicht op de werkgever.

1. Onder bijzondere omstandigheden kan op grond van redelijkheid en billijkheid van deze regel worden afgeweken, zodat de hoofdregel van artikel 150 Rv geldt. Zie HR 29 juni 2001, *JAR* 2001/141 (*Industromontaza/Banfic*).

Naast de mogelijkheid om aan te tonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd, heeft de werkgever nog een andere mogelijkheid om aan aansprakelijkheid te ontsnappen. In artikel 7:658 lid 2 BW is bepaald dat de werkgever niet aansprakelijk is als hij erin slaagt om te stellen en te bewijzen dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Omdat dit onderzoek zich richt op het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid' zal hierna vooral bij deze mogelijkheid worden stilgestaan. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat artikel 7:658 lid 2 BW een 'alles of niets-doctrine' voorschrijft.² Deze doctrine wijkt af van de hoofdregel uit artikel 6:101 BW, op grond waarvan eigen schuld van de gelaedeerde tot een vermindering van de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke persoon kan leiden. Op grond van artikel 7:658 lid 2 BW heeft eigen schuld van de werknemer geen vermindering van de schadevergoedingsplicht tot gevolg, tot de drempel van 'opzet of bewuste roekeloosheid' is bereikt. Is dat laatste het geval, dan zal de werknemer de volledige schade zelf moeten dragen.

Een derde mogelijkheid om aan aansprakelijkheid te ontkomen kan niet uit de tekst van artikel 7:658 BW worden afgeleid, maar volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad. De werkgever is niet aansprakelijk, als hij kan aantonen dat het causaal verband tussen de door de werknemer geleden schade en de zorgplicht van de werkgever ontbreekt. Dat is het geval als nakoming van de zorgplicht het ongeval dat zich heeft voorgedaan niet zou hebben voorkomen.³

Historische achtergrond

De oorsprong van het huidige artikel 7:658 BW ligt in artikel 1638x BW (oud). Dit wetsartikel maakte al sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst onderdeel uit van het Burgerlijk Wetboek. De structuur van artikel 1638x BW (oud) kwam in grote lijnen overeen met die van het huidige artikel 7:658 BW. In het eerste lid werd de werkgever een zorgplicht opgelegd, die hem verplichtte om *'de lokalen, de werktuigen en gereedschappen waarin of waarmede hij den arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden, alsmede omtrent het verrichten van den arbeid zoodanige en aanwijzingen te verstrekken, dat den arbeider tegen het gevaar voor lijf, eerbaarheid of goed zoover beschermd is, als redelijkerwijze in verband met den aard van den arbeid gevorderd kan worden'*. Schending van deze zorgplicht werd in het tweede lid gesanctioneerd met aansprakelijkheid voor de schade die de werknemer als gevolg van de schending had geleden. Het tweede lid van artikel 1638x BW (oud) luidde als volgt:

-
2. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948, m.nt. Stein (Sweegers/Van den Hout); HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. Stein (Pollemans/Hoondert).
 3. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, m.nt. Stein (Fransen/Stichting Pasteurziekenhuis).

“Zijn die verplichtingen niet nagekomen, dan is de werkgever gehouden tot vergoeding der schade aan den arbeider dientengevolge in de uitoefening zijner dienstbetrekking overkomen, tenzij door hem het bewijs wordt geleverd, dat die niet-nakoming aan overmacht, of die schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van den arbeider is te wijten.”

Uit de redactie van het tweede lid blijkt dat – anders dan in het huidige artikel 7:658 BW – de stelplicht en bewijslast van het schenden van de zorgplicht rustten op de werknemer in plaats van de werkgever. Als de werknemer erin slaagde te bewijzen dat de werkgever zijn zorgplicht had geschonden, dan kon de werkgever alsnog aan aansprakelijkheid ontkomen door met succes te stellen dat de schade in belangrijke mate mede het gevolg was van grove schuld van de werknemer.

Parlementaire geschiedenis bij de Wet op de arbeidsovereenkomst

Bij de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst heeft de voorgestelde introductie van artikel 1638x BW (oud) tot de nodige discussie geleid. Vooral door conservatieve parlementariërs werd betwijfeld of de verplichting die de werkgever zou worden opgelegd om zijn werkplaats veilig in te richten, wel plaats zou moeten krijgen in het Burgerlijk Wetboek in plaats van in publiekrechtelijke regelgeving.⁴ Bovendien werd gevreesd dat de werkgever te vergaande verplichtingen werden opgelegd. Om dezelfde reden werd bovendien uitvoerig gediscussieerd over de reikwijdte van het eigenschuldverweer van de werkgever. Over dit eigenschuldverweer werd in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt:

*“De werkgever is nu gehouden die schade te vergoeden, tenzij hij het bewijs levert,
(...)*

*dat grove schuld van den arbeider zelf in belangrijke mate tot het ontstaan der schade heeft medegewerkt. Lichte verzuimen van den arbeider, al zouden ze onder het algemeene begrip schuld vallen, mogen de werkgever hier niet bevrijden: onder de omstandigheden waaronder de arbeider verkeert en werkt, kan men van hem van dergelijke lichte verzuimen zeer vaak geen verwijt maken.”*⁵

De werkgever zou dus, zo blijkt uit deze omschrijving, moeten aantonen dat de werknemer een zwaarder verwijt trof dan hetgeen onder het algemene begrip ‘schuld’ moest worden verstaan. Tijdens de plenaire behandeling van artikel 1638x BW (oud) hebben enkele parlementariërs zich desondanks kritisch uitgelaten over de – naar hun mening – te beperkte reikwijdte van het eigenschuldverweer. Hierop heeft de minister van Justitie enkele voorbeelden gegeven, waaruit volgens hem

-
4. A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907 (Staatsblad, n°. 193)*, derde deel, ‘s-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908, p. 292-321.
 5. A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907 (Staatsblad, n°. 193)*, derde deel, ‘s-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908, p. 294.

bleek dat het voor de werkgever minder moeilijk zou zijn om aan zijn aansprakelijkheid te ontkomen, dan door deze critici werd gevreesd:

*“Mij zijn uit de praktijk enkele gevallen bekend die dat illustreren. Er is bijv. een behoorlijke brug gemaakt om te komen van den wal naar het schip dat in aanbouw is, en hooger dan de wal ligt. Op eenigen afstand van die stevige brug ligt een smalle en zwakke plank. Nu vordert het gaan over de goed geconstrueerde brug een kleinen omweg, en de meeste arbeiders gaan daarom over de plank en niet over de brug. Wanneer in zulk een geval een arbeider een ongeluk overkomt, heeft de werkgever een volkomen redelijke en gemakkelijke verdediging. Ik herinner ook aan het geval waarvan de geachte afgevaardigde uit Groningen gewaagde, dat het gebruik van een min of meer defecte ladder een ongeluk ten gevolge heeft. Nemen wij nu eens aan dat naast die ladder een betere ladder stond, en dat de werkgever tegen het gebruik van de slechte had gewaarschuwd, en dat desniettenstaande een arbeider die toch gebruikt.”*⁶

Deze passage illustreert dat de wetgever anno 1907 geen hoge eisen stelde aan de eigen schuld van de werknemer. De werkgever kon met een beroep op het eigenschuldverweer betrekkelijk eenvoudig aan aansprakelijkheid ontkomen.

Rechtsontwikkeling tot de introductie van het Nieuw BW

De rechtsontwikkeling van artikel 1638x BW (oud) bleef voorlopig bij deze inleidende beschietingen tijdens de parlementaire behandeling. Artikel 1638x BW (oud) is direct na zijn inwerkingtreding gedurende een periode van maar liefst 60 jaar in de ijskast beland. In de Ongevallenwet 1901 was namelijk bepaald dat bij de toepasselijkheid van die wet de civielrechtelijke vordering op de werkgever zou vervallen. Om die reden was artikel 1638x BW (oud) tot 1967 in de praktijk slechts van zeer geringe betekenis.⁷ Het gevolg hiervan was dat de rechtsontwikkeling met betrekking tot dit artikel pas relatief laat op gang is gekomen. Die ontwikkeling kon pas aanvangen toen de Ongevallenwet 1901 in 1967 werd vervangen door de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO).

In de periode tussen 1907 en 1967 stond de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen over de onderlinge verdeling van verantwoordelijkheden van de werkgever en de werknemer niet stil.⁸ Dit bleek onder meer toen de Hoge Raad in

6. A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907* (Staatsblad, n°. 193), derde deel, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908, p. 302-303.
7. Zie hierover Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Rotterdam), 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 49-50; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 628-630.
8. Dit heeft in de literatuur geleid tot discussie over de vraag of het debat over de uitleg van het begrip grove schuld in de parlementaire geschiedenis nog wel als leidraad kon worden gebruikt. Van Oostrum betwijfelde dit, terwijl Dorrestein wel vasthield aan een wetshistorische interpretatie van het begrip. Zie H. van Oostrum, 'Arbeidsrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van bedrijfsongevallen', *AA* 1974/3, p. 134-135 en Th.H.J. Dorrestein, 'Hernieuwde belangstelling voor artikel 1638x BW', *NJB* 1972/41, p. 1149-1150.

1975 het arrest Heesters/Schenkelaars wees.⁹ Uit de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest bleek dat het begrip grove schuld beperkt moest worden uitgelegd. De Hoge Raad motiveerde zijn arrest zeer uitvoerig. In de eerste plaats overwoog de Hoge Raad dat artikel 1638x BW (oud) tot stand was gekomen in een tijd, waarin het recht met betrekking tot de invloed van eigen schuld van de benadeelde op zijn vordering tot schadevergoeding tegen degene die de schade heeft veroorzaakt zich nog in het beginstadium van zijn ontwikkeling bevond. De Hoge Raad vervolgde zijn motivering met de overweging dat het recht met betrekking tot het leerstuk van onrechtmatige daad zich sindsdien zo had ontwikkeld, dat eigen schuld van de benadeelde de aansprakelijkheid van degene die de aansprakelijkheid heeft veroorzaakt niet zou opheffen, tenzij de eigen schuld zo ernstig was dat, gezien de aan de aangesproken partij verweten tekortkoming, diens schuld daartegenover in het niet viel. Volgens de Hoge Raad bestond er op dit punt geen aanleiding onderscheid te maken tussen het leerstuk van werkgeversaansprakelijkheid en onrechtmatige daad, waar het aansprakelijkheid betrof voor schade ten gevolge van een ongeval. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad het volgende:

“(...) dat de wetgever, door in art. 1638x lid 2 grove schuld aan de kant van de arbeider te eisen, wil de werkgever van zijn aansprakelijkheid krachtens art. 1638x lid 1 zijn ontslagen, de bedoeling heeft gehad de arbeider te beschermen door bij de aan de schuld van de arbeider te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen de gebruiker ervan er licht toe zal brengen, niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken gerdien is; dat vele veiligheidsvoorschriften ter bescherming van de arbeiders bij hun werk dan ook juist met het oog op deze menselijke neiging zijn gegeven;

dat een en ander, in onderling verband, ertoe leidt dat er alleen van grove schuld in de zin van artikel 1638x lid 2 sprake kan zijn, als – rekening houdend met alle omstandigheden van het geval – de schuld van de arbeider zo ernstig is, dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 1638x lid 1 in het niet valt, en dat voor de vraag of dit laatste geval zich voordoet, rekening moet worden gehouden met de hiervoor vermelde overweging die de wetgever ertoe gebracht heeft voor niet-aansprakelijkheid van de werkgever meer dan gewone schuld van de arbeider te eisen (...).”¹⁰

Uit de door de Hoge Raad in het arrest Heesters/Schenkelaars gegeven definitie van grove schuld blijkt dat van belang was, hoe de gedraging van de werknemer zich verhiel tot de (omvang en de mate van schending van) de zorgplicht door de werkgever. De afweging tussen enerzijds de mate waarin de werkgever zijn zorgplicht had geschonden en anderzijds de verwijtbaarheid van de gedraging van de

9. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81, m.nt. Scholten (Heesters/Schenkelaars).

10. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81, m.nt. Scholten (Heesters/Schenkelaars).

werknemer, is in de literatuur aangeduid als de 'relativiteit' van het groveschuld-begrip.¹¹ Loonstra en Zondag hebben het relatieve karakter van het groveschuldbe-grip zo opgevat, dat de woorden 'in belangrijke mate' reeds waren versleuteld in de definitie van grove schuld, zodat aan dit vereiste kennelijk geen zelfstandige betekenis toekwam.¹²

De relativiteit van het groveschuldbegrip kwam neer op een afweging van weder-zijdse 'fouten'. Naarmate de zorgplicht van de werkgever meer omvatte en de tekortkoming daarin ernstiger was, zou er meer 'schuld' gevonden moeten worden aan de zijde van de werknemer, voordat sprake kon zijn van grove schuld.¹³ Dat de invulling van de term grove schuld in verband werd gebracht met de mate waarin de werkgever tekortkwam in de naleving van zijn zorgplicht, was gezien het systeem van artikel 1638x BW (oud) niet onlogisch. Aan de vraag of de schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van de werknemer was te wijten, werd immers pas toegekomen als vast was komen te staan dát de werkgever zijn zorg-plicht had geschonden. Hierdoor kon de tekortkoming van de werkgever worden afgezet tegen de tekortkoming van de werknemer.¹⁴

2.2.2 *Parlementaire geschiedenis bij het Nieuw BW*

Toen het oude BW stapsgewijs werd vervangen door het Nieuw BW, is dat ten koste gegaan van de term grove schuld. Ook in titel 7.10 BW komt de term grove schuld niet meer voor. Grove schuld is in die titel vervangen door de begrippen-combinatie 'opzet of bewuste roekeloosheid'.

Deze begrippencombinatie is geïntroduceerd in het derde lid van het ontwerparti-kel 6.3.2.2 (later artikel 6:170 BW).¹⁵ In dit artikel werd deze terminologie gehan-teerd, vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Nieuwe titel 7.10 BW. In de toelichting bij artikel 7:658 BW wordt opgemerkt dat er volgens de wetgever geen

-
11. L.J. Fillet, 'Gedeelde smart, halve smart: de elastieken regel van artikelen 1638x leden 2 en 3 BW', *SMA* 1985/5, p. 360; L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Kluwer: Deventer 1988, p. 296.
 12. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip 'bewuste roekeloosheid' in titel 7.10 BW', *ArA* 2003/3, p. 50-51. Zo ook A.J.C.M. Geers, 'De bescherming van de Hoge Raad', *SMA* 2003/9, p. 397.
 13. H.J. van Zwam, 'De gehaaste textielwerker', *SMA* 1984/4, p. 239. Zie in gelijke zin L. Bier, *Aan-sprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Kluwer: Deventer 1988, p. 294.
 14. De bewijslast hiervan lag immers bij de werknemer. In het systeem van artikel 1638x was het eigenschuldverweer van de werkgever alleen van belang als dit samenging met een vaststaande schending van de zorgplicht door de werkgever. Dit in tegenstelling tot het systeem van het hui-dige artikel 7:658 BW, dat de bewijslast van de nakoming van de zorgplicht bij de werkgever neerlegt. Mocht de werkgever daarin niet slagen, dan staat voor hem alsnog een beroep op opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer open.
 15. *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, 6, p. 169.

reden was om deze terminologie niet in artikelen 7:658 en 7:661 BW over te nemen.¹⁶

Over de inhoud van de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid heeft de wetgever zich maar in zeer beperkte mate uitgelaten. Voor de betekenis van deze begrippen heeft de regering volstaan met een verwijzing naar de toelichting op het veel eerder verschenen Voorontwerp van Boek 7 Nieuw BW. In de artikelen 7.10.4.2 lid 2 Voorontwerp (de voorloper van artikel 7:658 BW) en 7.10.4.3 Voorontwerp (de voorloper van artikel 7A:1639da BW (oud) en – later – artikel 7:661 BW) was de begrippencombinatie opzet of bewuste roekeloosheid al opgenomen. In de toelichting bij deze ontwerpartikelen wordt aan opzet of bewuste roekeloosheid de volgende passage gewijd:

“De werkgever is voorts niet – dus ook als hij niet kan aantonen dat hij aan de vier zorgvereisten voldaan heeft – tot schadevergoeding gehouden, indien hij aantoont dat de schade mede in belangrijke mate aan opzet of bewuste roekeloosheid van de getroffen arbeider zelf te wijten is; lichte medeschuld van de arbeider heft de schadevergoedingsplicht dus niet op. Dit komt overeen met wat reeds thans volgens artikel 1638x geldt (zij het dat in overeenstemming met artikel 7.10.4.3 en in aansluiting aan o.a. artikel 91 van de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering de term “bewuste roekeloosheid” in plaats van “grote schuld” is gebezigd) en vormt een lex specialis ten opzichte van artikel 6.1.9.6 van het ontwerp.”¹⁷

Uit de passage blijkt in de eerste plaats dat de begrippencombinatie opzet of bewuste roekeloosheid haar oorsprong lijkt te vinden in onder andere artikel 91 Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). In de artikelen 90 en 91 WAO wordt het regresrecht geregeld van het orgaan dat verantwoordelijk is voor de uitbetaling van de uitkering wegens arbeidsongeschiktheid – thans het UWV – op de persoon die de arbeidsongeschiktheid heeft veroorzaakt. Artikel 91 WAO bepaalt dat op een werkgever en een persoon die werknemer is bij dezelfde werkgever als de verzekerde, slechts regres kan worden genomen als de schade aan opzet of bewuste roekeloosheid is te wijten.¹⁸ De wetgever heeft deze regel ontleend aan een advies van de Sociale Verzekeringsraad, het orgaan dat adviseerde over de totstandbrenging van de WAO in de jaren '60 van de vorige eeuw. De

16. *Kamerstukken II 1993/94, 23 438, 3, p. 39 en 41.* Over de inhoud van opzet of bewuste roekeloosheid geeft de memorie van toelichting behorende bij de Vaststellingswet van titel 7.10 BW overigens geen aanwijzingen.

17. F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1053. Artikel 6.1.9.6 Voorontwerp, waarnaar de passage verwijst, was de voorloper van het huidige artikel 6:101 BW.

18. Vergelijkbare bepalingen, waarin eveneens het criterium opzet of bewuste roekeloosheid wordt gehanteerd, zijn artikel 62 lid 1 Algemene nabestaandenwet, artikel 2.4.3 lid 4 Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, artikel 10.2.3 lid 1 Wet langdurige zorg, artikel 100 lid 2 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en artikel 52b lid 1 Ziektewet. Voorheen waren bovendien vergelijkbare bepalingen opgenomen in artikel 83c Ziekenfondswet (vervallen per 1 januari 2006) en artikel 65c lid 1 Algemene Wet Bijzonere Ziektekosten (vervallen per 1 januari 2015).

Raad gaf in dit advies de aanbeveling een regeling in de WAO op te nemen die regres mogelijk maakt op de persoon die de schade 'opzettelijk of welbewust roekeloos' heeft veroorzaakt.¹⁹ In de memorie van toelichting bij de WAO heeft de regering over deze aanbeveling het volgende opgemerkt:

*"De Raad acht het in elk geval gewenst in de wet de mogelijkheid van verhaal neer te leggen op degene, die de arbeidsongeschiktheid opzettelijk of wel bewust roekeloos heeft veroorzaakt. Met het gebruik van deze terminologie heeft de S.V.R. op het oog, dat de desbetreffende wettelijke bepaling het recht op verhaal enerzijds niet beperkt tot degene, die de arbeidsongeschiktheid opzettelijk heeft veroorzaakt doch anderzijds niet uitbreidt tot ieder, aan wie grove schuld in dezen te verwijten valt."*²⁰

Gelet op deze passage lijkt de wetgever met de term bewuste roekeloosheid in artikel 91 WAO te hebben beoogd een gradatie van schuld in het leven te roepen die ruimer was dan opzet, maar die beperkter was dan grove schuld. Als deze passage wordt vergeleken met de passage in de toelichting op het Voorontwerp van Boek 7 Nieuw BW, waarnaar de wetgever bij de totstandkoming van artikel 7:658 BW heeft verwezen, dan ontstaat een troebel beeld. In laatstgenoemde passage wordt immers alleen opgemerkt dat opzet of bewuste roekeloosheid een zwaardere schuldgradatie behelst dan lichte schuld en dat dit overeenkwam met wat al gold op grond van artikel 1638x BW (oud). De wetgever lijkt op basis van deze passage geen zwaardere schuldgradatie in het leven te hebben willen roepen dan grove schuld.

Scholten heeft uit de aangehaalde passages in de parlementaire geschiedenis afgeleid dat de uitdrukkingen grove schuld en opzet of bewuste roekeloosheid dezelfde betekenis hadden.²¹ Voor die conclusie valt zeker iets te zeggen. Het heeft er alle schijn van dat de wetgever zich bij de totstandkoming van artikel 7:658 BW niet bewust is geweest van hetgeen de wetgever heeft overwogen ten aanzien van de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 91 WAO. De keuze van de wetgever voor de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid lijkt veeleer te zijn ingegeven door een behoefte aan consistentie in wettelijke terminologie. Hieraan lijkt geen fundamentele keuze voor een zwaardere schuldgradatie dan grove schuld ten grondslag te hebben gelegen. Integendeel: de wetgever lijkt het eigenschuldregime inhoudelijk niet te hebben willen wijzigen.

19. *Advies van de Sociale Verzekeringsraad inzake 'verhaalsrecht c.a.'*, d.d. 21 februari 1963, 's-Gravenhage: Sociale Verzekeringsraad 1963, p. 10-13.

20. *Kamerstukken II 1962/63*, 7171, nr. 3, p. 20-21.

21. Zie G.J. Scholten in zijn noot bij HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 (Heesters/Schenkelaars).

2.2.3 *Uitleg volgens rechtspraak van de Hoge Raad*

Arrest Morsink/Nebem: een scherpere begrenzing van grove schuld

Over de vraag hoe de begrippencombinatie opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW zich verhoudt tot grove schuld in artikel 1638x BW (oud) heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgelaten in het arrest Morsink/Nebem. Nadat hij eerst had gewezen op het arrest Heesters/Schenkelaars en de daarin gegeven definitie van het criterium grove schuld, overwoog de Hoge Raad in dit arrest als volgt:

“De rechtsontwikkeling sedertdien geeft aanleiding tot een scherpere begrenzing van het begrip grove schuld in art. 1638x lid 2. In de eerste plaats valt te wijzen op het ontwerp voor art. 7:652 BW, waarin de materie van art. 1638x zal worden geregeld. In dit ontwerp, waarover de Sociaal Economische Raad inmiddels advies heeft uitgebracht (Publikatie nr. 20 van 20 sept. 1991) wordt in het tweede lid niet meer gesproken van grove schuld doch van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Het advies van de SER bevat geen kritiek op deze wijziging ten opzichte van de thans geldende tekst van art. 1638x lid 2. Voorts is van belang dat ten aanzien van de verplichting van een ondergeschikte om bij te dragen in de vergoeding van schade die door zijn fout aan een derde is toegebracht, de in de rechtbank aanvaarde eis dat aan de ondergeschikte een ernstig verwijt moet zijn te maken, in art. 6:170 lid 3 BW is verscherpt tot de eis van opzet of bewuste roekeloosheid. Een zelfde maatstaf is opgenomen in art. 7A:1639da BW.

Het strookt met de aan deze ontwikkelingen ten grondslag liggende beschermingsgedachte, ook in art. 1638x lid 2 onder grove schuld te verstaan: opzet of bewuste roekeloosheid.”²²

De Hoge Raad oordeelde aldus dat de wijziging van het criterium grove schuld naar opzet of bewuste roekeloosheid gepaard ging met een ‘scherpere begrenzing’. Het feit dat de begrippencombinatie opzet of bewuste roekeloosheid al in diverse (ontwerpen van) wetsartikelen werd gehanteerd, was voor de Hoge Raad aanleiding om hetzelfde criterium te hanteren voor artikel 1638x lid 2 BW (oud). Omdat de rechtbank in het in cassatie bestreden vonnis nog had getoetst aan het oude criterium uit het arrest Heesters/Schenkelaars, oordeelde de Hoge Raad dat de rechtbank een onjuiste maatstaf had aangelegd. Bovendien oordeelde de Hoge Raad dat de gedingstukken geen aanknopingspunt bevatten voor de veronderstelling dat het arbeidsongeval zou zijn te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer in kwestie, zonder dat de Hoge Raad inzicht gaf in de uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid.

Arrest Pollemans/Hoondert: bewuste roekeloosheid is een subjectief begrip

Tot op heden heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over de uitleg van het begrip opzet. Het begrip bewuste roekeloosheid heeft de Hoge Raad in het arrest

22. HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496, m.nt. Stein (Nebem/Morsink).

Pollemans/Hoondert inmiddels wel van een nadere uitleg voorzien.²³ In dit arrest ging het om een arbeidsongeval dat de werknemer – Pollemans – was overkomen bij zijn werkzaamheden als timmerman voor werkgever Hoondert. Tijdens zijn werkzaamheden, die bestonden uit het opnieuw aanbrengen van een uit golfplaten bestaande dakbedekking, is Pollemans door een reeds aangebracht gedeelte van die dakbedekking gezakt en van grote hoogte naar beneden gevallen. Door de rechtbank was vastgesteld dat voor de aanvang van de werkzaamheden, en vrijwel zeker ook daarna, overleg had plaatsgevonden over de wijze van werken. De leidinggevende ter plaatse had Pollemans zowel voor als tijdens het werk op het hart gedrukt dat men op de steigerdelen moest blijven. Ook een aantal aanwezige getuigen had dat nog gedaan, toen zij zagen dat Pollemans ondanks die instructies tóch over de dakplaten liep. Doordat Pollemans ondanks de gegeven waarschuwingen over de dakplaten was blijven lopen, viel hem volgens de rechtbank bewuste roekeloosheid te verwijten. Over het tegen dit oordeel gerichte onderdeel van het cassatiemiddel overwoog de Hoge Raad als volgt:

“Het onderdeel treft evenwel doel. Van bewust roekeloos handelen door Pollemans zou eerst sprake zijn, indien deze zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, te weten het naast de aanwezige beveiliging lopen, van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest.

Weliswaar overweegt de Rechtbank dat ‘Pollemans willens en wetens naast de aanwezige beveiliging is gaan lopen’, maar gesteld al dat de Rechtbank met de woorden ‘willens en wetens’ heeft beoogd als haar oordeel tot uitdrukking te brengen dat Pollemans zich onmiddellijk vóór het ongeval daadwerkelijk ervan bewust was dat zijn gedrag roekeloos was, dan vindt dat oordeel geen steun in de door de Rechtbank op het voetspoor van de Kantonrechter als vaststaand aangenomen feiten.

Voor dat oordeel is met name niet voldoende redengevend de vaststelling door de Kantonrechter, samen-gevat weergegeven, dat Pollemans van de zijde van Hoondert herhaaldelijk en in krachtige termen ervoor is gewaarschuwd niet buiten de steigerdelen te lopen (rov. 3 van het eindvonnis). Uit deze vaststelling volgt immers niet noodzakelijkerwijs dat ook op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval het roekeloze karakter van Pollemans’ gedrag in diens bewustzijn leefde.

Bij het voorgaande moet worden bedacht dat art. 1638x lid 2 juist ertoe strekt de werknemer te beschermen door rekening te houden met het ervaringsfeit dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt (HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 en HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948).”

23. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. Stein (Pollemans/Hoondert).

Deze definitie van bewuste roekeloosheid is later door de Hoge Raad herhaald.²⁴ De Hoge Raad geeft weer dat pas van bewust roekeloos handelen sprake kan zijn, als het roekeloze karakter van de gedraging van de werknemer direct voorafgaande aan het ongeval *daadwerkelijk in zijn bewustzijn leefde*. Met andere woorden: om tot het oordeel te komen dat sprake is van bewuste roekeloosheid zal de rechter een oordeel moeten geven over de psychische gesteldheid van de werknemer.

Verder is van belang dat de wettekst voorschrijft dat een beroep op het eigenschuldverweer alleen slaagt, als de schade ‘in belangrijke mate’ het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De Hoge Raad bevestigt in het arrest Pollemans/Hoondert dat zelfs áls de werkgever erin slaagt te bewijzen dat sprake is van bewuste roekeloosheid bij de werknemer, zijn opdracht nog niet is volbracht. De Hoge Raad overwoog hierover als volgt:

“Aantekening verdient evenwel dat van ‘in belangrijke mate’ als hiervoor bedoeld slechts sprake is, indien de gedragingen van de werknemer die opzet of bewuste roekeloosheid opleveren, in zodanige mate tot het ongeval hebben bijgedragen dat het tekortschieten van de werkgever in diens verplichtingen daarbij als oorzaak in het niet valt.”

Met andere woorden: als meerdere omstandigheden tezamen hebben bijgedragen aan de ontstane schade, waaronder zowel het tekortschieten van de werkgever in diens zorgplicht, als de bewust roekeloze gedragingen van de werknemer, dan is de omstandigheid dat de werknemer zich bewust roekeloos heeft gedragen voor de werkgever onvoldoende om aan aansprakelijkheid te ontkomen. De bewust roekeloze gedraging moet in dat geval ook in grote mate als oorzaak aan de schade hebben bijgedragen. Het is denkbaar dat een gevaarlijke situatie is ontstaan door een samenstel van omstandigheden, waarbij een op zichzelf bewust roekeloze gedraging van de werknemer slechts een relatief beperkte bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van de schade. In dat geval slaagt het beroep van de werkgever op het eigenschuldverweer dus niet.

2.2.4 *Ratio van opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW*

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat de mogelijkheid van de werkgever om met een beroep op de eigen schuld van de werknemer aan aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW te ontkomen zeer beperkt is. Dit roept de vraag op wat de ratio is achter het strenge eigenschuldregime in artikel 7:658 BW.

24. Zie HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips).

Bij bestudering van de eerder aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de invulling van het eigenschuldverweer nauw samenhangt met de invulling van de zorgplicht van de werkgever. In het arrest Heesters/Schenkelaars overwoog de Hoge Raad dat de wetgever met artikel 1638x (oud) BW – thans artikel 7:658 BW de bedoeling heeft gehad de werknemer te beschermen tegen *“het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen de gebruiker ervan er licht toe zal brengen, niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is; dat vele veiligheidsvoorschriften ter bescherming van de arbeiders bij hun werk dan ook juist met het oog op deze menselijke neiging zijn gegeven.”*²⁵ Daar voegde de Hoge Raad aan toe dat van grove schuld in de zin van art. 1638x BW (oud) pas sprake kan zijn, als de schuld van de arbeider zo ernstig is, dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn zorgplicht in het niet valt. Bij de vraag of dit laatste zich voordeed, moest volgens de Hoge Raad eveneens rekening worden gehouden met het hiervoor vermelde uitgangspunt. De zorgplicht en de eigenschuldregeling van artikel 7:658 BW zijn aldus twee zijden van dezelfde medaille.²⁶

Deze gedachte keert ook terug in het arrest Sweegers/Van den Hout.²⁷ De Hoge Raad herhaalde in dit arrest dat de regels betreffende eigen schuld als grond voor matiging van schadevergoeding, zich in het algemeen niet met de strekking van artikel 1638x (oud) BW laten verenigen. De Hoge Raad overwoog het volgende:

“Die strekking komt hierop neer dat deze bepaling de werknemer beoogt te beschermen door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen of gereedschappen de werknemer die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is, terwijl veel veiligheidsvoorschriften ter bescherming van werknemers bij hun werk juist met het oog op deze menselijke neiging zijn gegeven. (...) Deze gedachte is na de totstandkoming van art. 1638x als gevolg van de latere ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen op dit punt nog in belang toegenomen (...). Met deze ontwikkeling (...) strookt niet dat, indien de werkgever jegens zijn werknemer wanprestatie heeft gepleegd doordat hij zijn in art. 1638x bedoelde, hem met het oog op de veiligheid van zijn werknemers opgelegde verplichtingen niet is nagekomen, niettemin de schade niet volledig te zijnen laste zou komen op de grond dat ook de werknemer schuld treft, zonder dat evenwel de in het tweede lid van dat artikel bedoelde grove schuld is bewezen.”

25. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81, m.nt. Scholten (Heesters/Schenkelaars).

26. Hoewel de zorgplicht van de werkgever en opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer volgens HR 24 juni 2011, JAR 2011/192, m.nt. Barentsen (Dubrowski/Hulsing-Huppermans) binnen het stelsel van artikel 7:658 BW twee afzonderlijke elementen vormen, zijn beide dus wel op dezelfde beschermingsgedachte gestoeld.

27. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948, m.nt. Stein (Sweegers/Van den Hout).

Uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak blijkt dat zowel de beperkte strekking van het eigenschuldverweer als de ruime strekking van de zorgplicht van de werkgever op hetzelfde 'ervaringsfeit' zijn gestoeld. Dit blijkt ook uit latere rechtspraak van de Hoge Raad, waarin hij heeft overwogen dat wat van de werkgever in het kader van zijn zorgplicht verlangd kan worden, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, die mede in het licht moeten worden beoordeeld van het ervaringsfeit dat werknemers bij de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen niet steeds alle voorzichtigheid in acht nemen die ter voorkoming van ongelukken geraten is.²⁸ Omdat bij de omvang van de zorgplicht al rekening moet worden gehouden met dit ervaringsfeit, kan het feit dat de werknemer zelf onvoldoende zorgvuldigheid in acht heeft genomen, niet snel leiden tot vermindering van de schadevergoedingsplicht van de werkgever. De uit de zorgplicht voortvloeiende voorzorgsmaatregelen hadden immers de onzorgvuldigheid van de werknemer moeten ondervangen. Het zou vanuit die gedachte niet logisch zijn, als de werkgever enerzijds zijn uit het 'ervaringsfeit' voortvloeiende zorgplicht schendt, terwijl hij anderzijds toch gemakkelijk met beroep op de eigen schuld van de werknemer aan aansprakelijkheid kan ontkomen. Dit is ook de ratio van het strenge eigenschuldregime van artikel 7:658 BW. De zware zorgplicht zou zonder een streng eigenschuldregime immers niet meer dan een wassen neus zijn.

2.3 OPZET OF BEWUSTE ROEKeloosHEID IN ARTIKELEN 6:170 EN 7:661 BW

2.3.1 *Historische en juridische achtergrond*

Het huidige wettelijke systeem van artikelen 7:661 en 6:170 lid 3 BW

De huidige regeling rondom de aansprakelijkheid van de werknemer voor schade veroorzaakt bij de uitoefening van de werkzaamheden aan de werkgever of aan derden jegens wie de werkgever tot vergoeding van de schade is gehouden, is geregeld in artikelen 7:661 en 6:170 lid 3 BW. Artikel 7:661 BW bestaat uit twee leden. In de eerste volzin van het eerste lid is bepaald dat de werknemer niet aansprakelijk is, tenzij de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Omdat dit onderzoek zich richt op opzet of bewuste roekeloosheid, zal hierna vooral bij deze hoofdregel worden stilgestaan.

Op deze hoofdregel is in de tweede volzin van artikel 7:661 lid 1 BW een uitzondering geformuleerd. Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de betreffende overeenkomst, anders voortvloeien dan in de eerste volzin is bepaald. In de parlementaire geschiedenis is slechts één voorbeeld genoemd van een situatie waarin deze uitzondering zich voordoet, namelijk een bestuurder van

28. Zie bijvoorbeeld HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst); HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM); HR 11 november 2005, JAR 2005/287 (Bayar/Wijnen).

een NV of BV.²⁹ In de jurisprudentie is in slechts één ander geval toepassing gegeven aan deze uitzondering, namelijk de situatie waarin de werknemer bij de uitoefening van de werkzaamheden een verkeersovertreding begaat waarvoor met toepassing van artikel 5 WAHV aan de werkgever een boete wordt opgelegd, omdat het kenteken van het voertuig op naam van de werkgever is geregistreerd. In het arrest TPG/FNV heeft de Hoge Raad geoordeeld dat als de werkgever de boete voldoet, hij in wezen betaalt voor een overtreding waaraan de werknemer zich heeft schuldig gemaakt.³⁰ Volgens de Hoge Raad is op grond van de tweede volzin van artikel 7:661 lid 1 BW in die gevallen plaats voor een uitzondering op de hoofdregel uit de eerste volzin.

In artikel 6:170 lid 1 BW is bepaald dat de 'werkgever' aansprakelijk is voor schade die een ondergeschikte door een fout veroorzaakt bij een derde, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en de 'werkgever' zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.³¹ Met het woord 'fout' wordt een toerekenbare onrechtmatige daad bedoeld. Het eerste lid kan tot gevolg hebben dat zowel de werkgever als de ondergeschikte aansprakelijk zijn jegens de derde. In dat geval kan de derde zelf kiezen bij wie hij verhaal haalt. In artikel 6:170 lid 3 BW wordt de draagplicht van de werkgever en de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding geregeld. Die regel luidt dat de werkgever in beginsel gehouden is om de volledige schade te dragen, tenzij deze het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ondergeschikte. Op deze hoofdregel is dezelfde uitzondering van toepassing als op de hoofdregel van artikel 7:661 BW: uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de rechtsverhouding, anders voortvloeien.

In artikel 7:661 lid 2 BW is een tweede uitzondering geformuleerd. Die uitzondering is tevens van toepassing verklaard op artikel 6:170 lid 3 BW. Het uitgangspunt van artikel 7:661 lid 2 BW is dat niet contractueel ten nadele van de werknemer van de hoofdregel kan worden afgeweken. Afwijking is slechts mogelijk bij schriftelijke overeenkomst en slechts voor zover de werknemer te dier zake verzekerd is. Dit betekent dat de werknemer ook aansprakelijk kan zijn (dan wel schade op de werknemer kan worden verhaald) als geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, mits (1) partijen dit schriftelijk zijn overeengekomen en (2) de werknemer

29. *Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6, p. 169 en Kamerstukken II 1987/88, 17 896, 8, p. 28.* Zie voor de specifieke aansprakelijkheidsregels die gelden voor bestuurders hierna vanaf paragraaf 3.7.

30. HR 13 juni 2008, *JAR* 2008/185 (TGP/FNV).

31. De term werkgever wordt hier tussen aanhalingstekens geplaatst, omdat hieronder niet alleen het werkgeversbegrip in titel 7.10 BW wordt bedoeld. In artikel 6:170 BW wordt gesproken over de 'ondergeschikte' en 'degene in wiens dienst hij stond'.

verzekerd is.³² De wetgever heeft met deze uitzonderingsmogelijkheid vooral oog gehad op de situatie waarin de werknemer schade veroorzaakt bij een derde als hij bij de uitoefening van de werkzaamheden gebruik maakt van zijn eigen auto, waarvan de aansprakelijkheidsverzekering op zijn eigen naam staat.³³ In andere gevallen wordt van deze uitzonderingsmogelijkheid in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt, omdat verzekeringen veelal door de werkgever worden afgesloten.

Historische achtergrond

In tegenstelling tot de regeling rondom werkgeversaansprakelijkheid is de regeling rondom aansprakelijkheid van werknemers voor schade toegebracht aan de werkgever niet al vanaf de Wet op de arbeidsovereenkomst in de wet verankerd geweest. Voordat een aparte wettelijke regeling voor werknemersaansprakelijkheid tot stand kwam, werd de aansprakelijkheid van een werknemer beheerst door het leerstuk van goed werknemerschap, dat was neergelegd in artikelen 1638z en 1639d BW (oud).³⁴ Uit deze bepalingen volgde dat de werknemer verplicht was zijn arbeid naar beste vermogen te verrichten en datgene te doen en na te laten wat een goed arbeider in gelijke omstandigheden behoorde te doen en na te laten. Indien de werknemer tekortschoot in deze verplichtingen, pleegde hij in beginsel wanprestatie en was hij aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade.

Arrest De Bont/Zuid-Ooster

De Hoge Raad heeft voor het eerst in het arrest De Bont/Zuid-Ooster uit 1959 geoordeeld over de vraag of wanprestatie van de werknemer in alle gevallen leidt tot zijn aansprakelijkheid voor de door de werkgever geleden schade.³⁵ In deze zaak moest de Hoge Raad oordelen over de aansprakelijkheid van een chauffeur die bij de uitoefening van zijn werkzaamheden in het verkeer onvoldoende afstand hield tot zijn voorganger. Na een rempartij botsten beide auto's op elkaar, met materiaalschade tot gevolg. De werkgever trachtte deze schade vervolgens te verhalen op de chauffeur. De rechtbank overwoog dat het een elementaire plicht is van de werknemer, niet alleen tegenover zijn medeweggebruikers, maar ook tegenover zijn werkgever, om de verkeersregels met de grootste stiptheid in acht te nemen. Aangezien de werknemer dat had nagelaten, oordeelde de rechtbank dat

32. Plaatsing van deze regel ten aanzien van artikel 6:170 lid 3 BW in artikel 7:661 lid 2 BW betekent, dat de regel uit artikel 7:661 lid 2 BW alleen van toepassing is als de 'werkgever' en de ondergeschikte een arbeidsovereenkomst hebben gesloten als bedoeld in artikel 7:610 BW. Voor andersoortige verhoudingen geldt dat in beginsel wél contractueel van de hoofdregel kan worden afgeweken, zonder het voorbehoud dat de ondergeschikte te dier zake een verzekering heeft afgesloten.

33. *Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, 8, p. 28.

34. Zie hierover ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip 'bewuste roekeloosheid', *ArA* 2003/3, p. 59.

35. HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 551, m.nt. Rutten (De Bont/Zuid-Ooster).

hij daarom wanprestatie had gepleegd tegenover zijn werkgever en aansprakelijk was voor de schade die daarvan het gevolg was. In cassatie richtte de werknemer een klacht tegen dit oordeel. De Hoge Raad achtte de klacht gegrond:

"(...) dat de Rb. van oordeel is, dat een chauffeur, die een verkeersfout begaat en daardoor zijn werkgever schade berokkent, jegens den werkgever tot vergoeding daarvan is gehouden, ongeacht den ernst van de fout;

dat dit oordeel niet juist is, daar de aard van een arbeidsovereenkomst kan meebrengen, dat een werkgever de gevolgen moet dragen van geringe fouten, die de arbeider bij de verrichting van zijn werkzaamheden begaat;

dat dit met name het geval is, wanneer een werkgever zijn arbeider opdraagt als chauffeur deel te nemen aan het wegverkeer, dat den autobestuurder vrijwel onafgebroken voor de taak stelt zelfstandig beslissingen te nemen en handelend op te treden, vaak in situaties die zich onverwachts voordoen en grote gevaren in zich bergen, met kansen op schaden die in omvang staan buiten verhouding tot het bedrag van het loon waarvoor de arbeider den arbeid op zich heeft genomen (...)."

De Hoge Raad was aldus van oordeel dat de aard van de arbeidsovereenkomst kon meebrengen dat, ook al had de werknemer wanprestatie gepleegd, de werkgever toch de gevolgen van die wanprestatie moest dragen. Geringe fouten van de werknemer bij de verrichting van de werkzaamheden kwamen voor rekening van de werkgever.

Arresten Debrot en Posthumus/Terpstra

De Hoge Raad heeft de in het arrest De Bont/Zuid-Ooster geformuleerde regel verruimd toen hij in 1983 het arrest Debrot wees.³⁶ In deze zaak, die zich afspeelde op Aruba, ging het om een werkneemster die werd beschuldigd van verduistering. De werkneemster in kwestie kon voor het verdwijnen van door haar geïnde gelden geen goede verklaring geven. Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen oordeelde op basis van feitelijke vaststellingen dat de werkneemster jegens de werkgever aansprakelijk was voor de door het ontstaan van de kastekorten geleden schade, tenzij zij kon bewijzen dat zij aan het ontstaan van die tekorten geen schuld had. De Hoge Raad oordeelde dat tegen deze overweging terecht een cassatiemiddel was gericht:

"Klaarblijkelijk moet er naar 's Hofs oordeel van worden uitgegaan dat het feit dat een met de financiële administratie belaste werknemer een kastekort heeft waarvoor hij geen verklaring kan geven, betekent dat die werknemer in de vervulling van zijn uit de arbeidsovereenkomst jegens zijn werkgever voortvloeiende verplichtingen tekort is geschoten en uit dien hoofde voor de deswege door de werkgever geleden schade

36. HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 m.nt. Stein (Debrot).

aansprakelijk is. Een werknemer kan evenwel voor door hem in de vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade eerst aansprakelijk zijn indien hem ter zake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een ernstig verwijt valt te maken. Uit het enkele feit dat een met de financiële administratie belaste werknemer voor ontstane tekorten geen verklaring kan geven, kan niet worden afgeleid dat deze werknemer zodanig ernstig verwijtbaar in zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen is tekort geschoten dat hij, behoudens door hem te leveren tegenbewijs, jegens zijn werkgever voor de door deze geleden schade aansprakelijk is."

De Hoge Raad kwam tot een vergelijkbaar oordeel in het arrest Posthumus/Terpstra.³⁷ Ook in dit arrest ging het om een werknemer die bij zijn werkgever een administratieve functie vervulde. In de arresten Debrot en Posthumus/Terpstra heeft de Hoge Raad veel stelliger dan voorheen aangegeven dat een werknemer alleen voor door hem bij zijn werkgever veroorzaakte schade aansprakelijk kon zijn als de werknemer, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, ter zake een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Daarnaast moest de werkgever niet alleen de schade van 'geringe fouten' van de werknemer zelf dragen, maar moest hij in beginsel alle geleden schade dragen, tenzij hij kon bewijzen dat de werknemer een ernstig verwijt kon worden gemaakt.

2.3.2 *Parlementaire geschiedenis; wettelijke verankering in artikelen 6:170 en 7:661 BW*

De wettelijke verankering van de regeling rondom werknemersaansprakelijkheid is het directe gevolg van de wijziging van de regeling in het kader van de risico-aansprakelijkheid van een 'werkgever' voor schade als gevolg van fouten van zijn ondergeschikten. Deze risicoaansprakelijkheid was van oudsher geregeld in artikel 1403 lid 3 BW (oud). Hierin was bepaald dat *'meesters en degenen die anderen aanstellen tot waarneming hunner zaken'* aansprakelijk waren voor schade die was veroorzaakt door *'hunne dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe zij dezelve gebruikt hebben'*. Deze bepaling bevatte nog geen regeling voor de onderlinge draagplicht tussen de 'werkgever' en de ondergeschikte.

In het eerste ontwerp van artikel 6:170 BW – artikel 6.3.8 Voorontwerp Nieuw BW – was wel een dergelijke bepaling opgenomen. Op grond van artikel 6.3.8 lid 3 Voorontwerp Nieuw BW moest de ondergeschikte tegenover zijn opdrachtgever de volledige schade dragen, tenzij deze *'krachtens hun rechtsverhouding of naar billijkheid'* geheel of gedeeltelijk ten laste van de 'werkgever' zou komen.³⁸ De Tweede Kamer heeft er in haar voorlopig verslag op gewezen dat deze regel teveel in het nadeel van de ondergeschikte zou werken.³⁹ Hierop heeft de regering de redactie

37. HR 3 april 1987, NJ 1987, 606 (Posthumus/Terpstra).

38. Kamerstukken II 1963/64, 7729, nr. 2, p. 22.

39. Kamerstukken II 1974/75, 7729, nr. 5, p. 10-11.

van het derde lid van de inmiddels naar artikel 6.3.2.2 vernummerde bepaling gewijzigd. Daarbij werd tevens, met verwijzing naar het Voorontwerp voor Boek 7 Nieuw BW, de begrippencombinatie opzet of bewuste roekeloosheid geïntroduceerd.⁴⁰

De introductie van artikel 7A:1639da BW

Deze wijziging van het wetsontwerp vormde de aanleiding voor de introductie van een wettelijke regeling voor werknemersaansprakelijkheid, in de vorm van artikel 7A:1639da (oud) BW.⁴¹ Daarop was al een voorschot genomen in het Voorontwerp voor Boek 7 BW. In de toelichting bij het Voorontwerp werd aangegeven dat de vraag in hoeverre de werknemer dan wel de werkgever de schade moet dragen die de werknemer bij de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft veroorzaakt, na de Tweede Wereldoorlog veel vaker aan de orde is geweest dan daarvoor. In de toelichting werden hiervoor twee redenen genoemd. Enerzijds waren de kansen op fouten en de omvang van schades door de ontwikkeling van de techniek en met name het autovervoer sterk toegenomen. Anderzijds gold nog altijd dat op werknemers doorgaans niets te verhalen viel. Een wettelijke regeling werd daarom wenselijk geacht.⁴² Artikel 7.10.4.3 Voorontwerp Nieuw BW bevatte een bepaling op grond waarvan de aansprakelijkheid van de werknemer jegens zijn werkgever werd gelimiteerd tot een bedrag gelijk aan het loon over een week. Deze limitering kon worden doorbroken als de schade door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer was veroorzaakt.⁴³

Bij de wijziging van het ontwerp van (thans) artikel 6:170 BW stelde de Tweede Kamer de vraag aan de orde of niet een aanvullende bepaling in het Burgerlijk Wetboek moest worden opgenomen. Hierin zou worden vastgelegd dat het beginsel van artikel 6.3.2.2 lid 3 Voorontwerp Nieuw BW, namelijk dat een ondergeschikte buiten opzet of bewuste roekeloosheid niet aan de schade hoeft bij te dragen, gold voor alle gevallen waarin door een fout van de werknemer schade is veroorzaakt bij de werkgever of als een derde die op de werkgever verhaal heeft.⁴⁴ De regering deelde de mening van de Kamer en voorzag dat als een dergelijke bepaling zou ontbreken, de onderlinge last van de schade in beginsel verdeeld zou moeten worden op grond van artikel 6.1.8.2 Voorontwerp Nieuw BW (het huidige artikel 6:101 BW), welk artikel afweek van artikel 6.3.2.2 lid 3 Voorontwerp Nieuw BW. Hoewel op grond van artikel 6.1.8.2 Voorontwerp Nieuw BW uit de aard van de overeenkomst kon voortvloeien dat een van artikel 6.1.8.2 Voorontwerp Nieuw

40. *Kamerstukken II 1975/76, 7729, nr. 6, p. 169.*

41. *Wet van 28 december 1989, Stb. 616.*

42. F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1053-1054.

43. F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Tekst vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 305.

44. *Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 7, p. 18.*

BW afwijkende benadering zou gelden, wilde de regering een dergelijk oordeel niet aan de rechter overgelaten. Van de rechter stond immers niet op voorhand vast dat hij inderdaad steeds deze opvatting zou huldigen.⁴⁵

Een andere reden voor de invoering van artikel (7A:)1639da BW (oud) was volgens de regering dat de toenmalige rechtspraak betreffende de aansprakelijkheid van de werknemer voor schade van de werkgever wel in dezelfde richting ging als artikel 6.3.2.2 lid 3 Voorontwerp Nieuw BW, maar dat daarvoor een van dat artikel afwijkende formulering werd gebruikt. In de arresten Debrot en Posthumus/Terpstra, waarnaar de regering verwees, was immers bepaald dat de werknemer eerst voor schade aansprakelijk zou zijn, als hem, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een ‘ernstig verwijt’ viel te maken. Een ander begrip dus dan opzet of bewuste roekeloosheid. De regering overwoog het volgende:

*“Het verdient daarom aanbeveling buiten twijfel te stellen dat tussen beide formuleringen in wezen geen verschil bestaat. Daarbij moet worden bedacht dat de woorden ‘opzet en bewuste roekeloosheid’ uit artikel 6.3.2.2 lid 3 niet goed passen bij de gedragingen van administratief personeel waarom het in de gevallen van de voormelde twee arresten ging, terwijl de omschrijving ‘ernstig verwijt’ voor die gevallen zeer wel als passend equivalent van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ kan worden gebezigd.”*⁴⁶

Daarnaast overwoog de regering dat in de literatuur ook wel andere stelsels waren verdedigd dan het stelsel zoals dat thans in artikel 6:170 lid 3 BW is neergelegd. Volgens de regering verdiende het ook in verband daarmee aanbeveling te verduidelijken dat, voor wat betreft de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever, slechts één regime van toepassing is, dat geen onderscheid maakt naar gelang het geval binnen of buiten – thans – artikel 6:170 lid 3 valt.

Met de introductie van de huidige titel 7.10 BW is de regeling van artikel (7A:)1639da BW (oud) thans verankerd in artikel 7:661 BW. Bij die gelegenheid is de regeling inhoudelijk niet gewijzigd.

2.3.3 *Uitleg volgens rechtspraak van de Hoge Raad*

Opzet of bewuste roekeloosheid: aanvankelijk geen materiële wijziging

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat de wetgever kennelijk van mening was dat de tot dan toe in de jurisprudentie gangbare term ‘ernstig verwijt’, onderling uitwisselbaar was met de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid. Ook de Hoge Raad heeft in een serie arresten geoordeeld dat de inwerkingtreding van artikel (7A:)1639da (oud) BW – de voorloper van het huidige artikel 7:661 BW – geen

45. *Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8, p. 27.*

46. *Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8, p. 27-28.*

materiële wijziging teweeg heeft gebracht ten opzichte van de daarvoor geldende lijn in de jurisprudentie.⁴⁷

In elk van deze arresten overwoog de Hoge Raad dat de bewoordingen van artikel (7A):1639da BW (oud) het reeds voor de inwerkingtreding van deze bepaling geldende recht weergaf. De Hoge Raad heeft zijn opvatting over de betekenis van bewuste roekeloosheid in artikel (7A):1638da (oud) BW het duidelijkst weergegeven in het arrest Schwartz/SUSH.⁴⁸ Net als in de arresten Debrot en Posthumus/Terpstra ging het in deze zaak om schade veroorzaakt door administratieve fouten. De werknemer in kwestie – Schwartz – was tevens directeur van zijn werkgever SUSH. In die functie heeft Schwartz geldopnamen gedaan van de bankrekening van SUSH die hij achteraf niet kon verantwoorden. Schwartz werd door SUSH aansprakelijk gesteld voor de door de ontstane kasverschillen veroorzaakte schade. De rechtbank had in hoger beroep geoordeeld dat de werknemer jegens zijn werkgever wanprestatie had gepleegd en dat hem hiervan een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Volgens het oordeel van de rechtbank was de werknemer dus aansprakelijk voor de door de werkgever geleden schade. In het cassatiemiddel betoogde de werknemer dat de rechtbank had miskend dat een werknemer alleen jegens zijn werkgever aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die hij de werkgever heeft toegebracht in de uitoefening van zijn dienstbetrekking, als deze het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. Verder strekte het cassatiemiddel ten betoge dat de Rechtbank had miskend dat de werkgever de opzet of bewuste roekeloosheid dient te bewijzen. De Hoge Raad overwoog hierop als volgt:

“In deze zaak is het vóór 1 januari 1992 geldende recht van toepassing, nu de feiten waarop de vordering is gebaseerd, hebben plaatsgevonden van 1988 tot in 1990. Onder het toentertijd geldende recht is een werknemer voor door hem in de vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade eerst aansprakelijk, indien hem ter zake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een ernstig verwijt viel te maken (HR 4 februari 1983, nr. 6143, NJ 1984, 543). De regel die sinds 1 januari 1992 in art. 7A:1639a BW en sinds 1 januari 1997 in art. 7:661 BW is neergelegd – de werknemer die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever schade toebrengt is te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk dan in geval van opzet of bewuste roekeloosheid – heeft hierin geen inhoudelijke verandering gebracht (vgl. HR 9 januari 1998, nr. 16487, NJ, 1998, 440). De Rechtbank heeft in rov. 2.4 van haar (eind)vonniss van 13 januari 1999 geoordeeld dat Schwartz wanprestatie ten opzichte van SUSH had gepleegd én dat Schwartz daarvan een ernstig verwijt is te maken. De Rechtbank heeft bij dit oordeel al hetgeen zij in rov. 5.2 tot en met rov. 5.6 van het tussenvonniss van 24 augustus 1994 en in rov. 2.8 van het tussenvonniss van 30 juli 1997 heeft overwogen en geoordeeld,

47. HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665, m.nt. Stein (Z./Boekhandel De Tille); HR 10 mei 1996, NJ 1996, 669, m.nt. Stein (J.R./Van der Ven); HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440, m.nt. Stein.

48. HR 30 maart 2001, JAR 2001/127 (Schwartz/SUSH).

betrokken. Aldus heeft de Rechtbank niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en zij heeft haar uitspraak te dezer zake van een voldoende motivering voorzien.

Voormelde ernstige verwijtbaarheid – dan wel opzet of bewuste roekeloosheid – mag, ook als het gaat om tekortkomingen als door SUSH aan Schwartz verweeten, niet voorshands worden aangenomen dan op goede, in de motivering tot uiting gebrachte gronden (zie het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 9 januari 1998). De Rechtbank heeft, gelet op de taak van Schwartz, directeur van SUSH en bij uitstek verantwoordelijk voor een behoorlijke administratieve verslaglegging – en dus ook voor de verantwoording van de door hemzelf bij de bank opgenomen bedragen –, de afwezigheid van behoorlijke financiële verslaglegging in deze omstandigheden als ernstig verwijtbaar aangemerkt en deze voorshands bewezen geacht, terwijl zij Schwartz heeft toegelaten tot het leveren van (tegen)bewijs, namelijk tot het bewijs dat er wel administratieve bescheiden (het zgn. memoriaal) waren, zoals Schwartz had beweerd. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.”

De eerste overweging van de Hoge Raad is zonneklaar. Op grond van het vóór 1 januari 1992 geldende recht was een werknemer alleen aansprakelijk zijn voor schade die hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan de werkgever had toegebracht, als de werknemer in dat verband een ernstig verwijt viel te maken. De nadien in de wet neergelegde maatstaf van opzet of bewuste roekeloosheid heeft die regel inhoudelijk niet gewijzigd. Met andere woorden: de rechtbank kon volstaan met de toets of Schwartz gezien de omstandigheden van het geval een ernstig verwijt kon worden gemaakt, omdat de rechtbank hiermee geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Tot zover is de lijn van de Hoge Raad in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis en zijn eerdere jurisprudentie.

De volgende overweging van de Hoge Raad is opvallend. De Hoge Raad verwijst naar de argumenten die de rechtbank ten grondslag heeft gelegd aan het oordeel dat Schwartz een ernstig verwijt treft, namelijk dat Schwartz de functie van directeur vervulde en in die functie bij uitstek verantwoordelijk was voor een behoorlijke administratieve verslaglegging. De rechtbank heeft de afwezigheid van een behoorlijke financiële vastlegging in de gegeven omstandigheden als ernstig verwijtbaar gekwalificeerd. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, was niet onbegrijpelijk en behoefde evenmin nadere motivering. Dit oordeel is opmerkelijk, omdat noch de rechtbank, noch de Hoge Raad aansluiting zoekt bij de wijze waarop de Hoge Raad eerder in het arrest Pollemans/Hoondert het criterium opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW had uitgelegd.⁴⁹ Het verwijt dat Schwartz werd gemaakt, namelijk dat hij geen zorg had gedragen voor een deugdelijke administratieve vastlegging, kan

49. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. Stein (Pollemans/Hoondert); HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips).

bezwaarlijk worden gelijkgesteld aan het opzettelijk veroorzaken van schade, terwijl de rechtbank voor het oordeel dat sprake was van bewuste roekeloosheid ten minste een oordeel had moeten geven over de psychische gesteldheid van Schwartz. Nu dit oordeel (naar het schijnt met goedkeuring van de Hoge Raad) ontbreekt, lijkt het er sterk op dat de Hoge Raad in het arrest Schwartz/SUSH de criteria ‘ernstig verwijt’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ in artikel 7:661 BW anders heeft uitgelegd dan opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW.

Arrest City Tax/De Boer

De Hoge Raad is in het arrest City Tax/De Boer echter al snel op dat oordeel teruggekomen.⁵⁰ In dit arrest ging het om een werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden met de auto van zijn werkgever een afgesloten weg was ingereeden en vervolgens in een uitgefreesd deel van het wegdek klem was komen te zitten, met schade aan de auto als gevolg. Met betrekking tot de vraag of de werknemer zich schuldig had gemaakt aan opzet of bewuste roekeloosheid in de zin van artikel 7:661 BW, moest de Hoge Raad oordelen of aan dit criterium dezelfde uitleg moest worden gegeven als aan het criterium in artikel 7:658 BW. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“Het hof heeft met zijn oordeel dat voor een bewust roekeloos handelen in de zin van (thans) artikel 7:661 lid 1 BW is vereist dat De Boer ten tijde van het ongeval – waarmee het hof kennelijk bedoelt onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval – zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging, terecht de maatstaf toegepast die de Hoge Raad heeft geformuleerd in zijn rechtspraak met betrekking tot (thans) artikel 7:658 lid 2 BW. Dat het begrip “bewuste roekeloosheid” in deze beide bepalingen op gelijke wijze wordt uitgelegd, ligt in de rede, in aanmerking genomen dat het hier gaat om wetsbepalingen die zijn opgenomen in een en dezelfde titel, titel 7.10 betreffende de arbeidsovereenkomst, en dat beide ertoe strekken de werknemer – in de bewoordingen van HR 9 januari 1987, nr. 12789, NJ 1987, 948, rov. 3.2, slotpassage – te beschermen door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen en gereedschappen de werknemer die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.”

Met dit oordeel heeft de Hoge Raad definitief een bevestigend antwoord gegeven op de vraag of bewuste roekeloosheid in artikelen 7:658 en 7:661 BW (en daarmee ook artikel 6:170 lid 3 BW) op dezelfde wijze moet worden uitgelegd.

2.3.4 *Ratio van opzet of bewuste roekeloosheid in artikelen 6:170 en 7:661 BW*

In het arrest City Tax/De Boer heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het criterium opzet of bewuste roekeloosheid in zowel artikel 7:658 BW als artikel 7:661 BW (en

50. HR 14 oktober 2005, JAR 2005/271 (City Tax/De Boer).

daarmee ook artikel 6:170 lid 3 BW) is gestoeld op de ‘ervaringsregel’ uit onder andere de arresten Heesters/Schenkelaars en Sweegers/Van den Hout.⁵¹ Dat de Hoge Raad deze aan de zorgplicht in artikel 7:658 BW ten grondslag gelegde ervaringsregel in verband bracht met het leerstuk van werknemersaansprakelijkheid was niet nieuw. Dit deed de Hoge Raad al eerder in het arrest Bruinsma/Schuitmaker.⁵²

In die zaak ging het om een werknemer die bij zijn werkzaamheden als verkoper gebruik maakte van zijn eigen auto. Toen de werknemer tijdens werktijd van zijn werkgever de opdracht kreeg een pakketje te bezorgen, is hij door eigen schuld bij een verkeersongeval betrokken geraakt, waardoor zijn auto ‘total-loss’ was. De werknemer probeerde de hierdoor geleden schade op zijn werkgever te verhalen. De Hoge Raad overwoog over deze casus in de eerste plaats dat in het algemeen geen rechtsregel bestaat die meebrengt dat de werkgever aansprakelijk is voor schade aan de zaken van de werknemer, indien de werknemer die zaken bij het verrichten van zijn werkzaamheden gebruikt, in het bijzonder niet indien de schade door de schuld van de werknemer zelf is ontstaan. In dit geval ging die hoofdregel echter niet op. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“Dit geval wordt hierdoor gekenmerkt dat het gebruik dat de werknemer krachtens zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst bij het verrichten van zijn taak van zijn eigen zaak maakt, naar de aard van die zaak, zoals zich in het bijzonder voordoet bij een auto, risico’s van ernstige beschadiging van die zaak meebrengt, niet alleen door eventuele fouten van derden, maar ook in samenhang met – in de bewoordingen van HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 948, r.o. 3.2, slotpassage – het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met dergelijke zaken de gebruiker daarvan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is. Voor de beoordeling van een dergelijk geval moet mede worden acht geslagen op het stelsel van het arbeidsrecht, zoals dit sinds 1 jan. 1992 uitdrukking heeft gevonden in de art. 6:170 lid 3 en 7A:1639da BW en dat, mede blijkens de hiervoor geciteerde passage uit voormeld arrest, ook voor die datum reeds meebracht dat, zo de werknemer ten tijde van het ongeval niet zijn eigen zaak gebruikte (hier: zijn auto), maar die van zijn werkgever of van een derde, zoals een huurverkoper, die zijn werkgever voor de door het ongeval veroorzaakte schade aanspreekt, de werkgever de door de schuld van de werknemer aan de zaak toegebrachte schade in beginsel zelf zal hebben te dragen en deze niet op de werknemer zal kunnen verhalen, behoudens het in dit geding in de feitelijke instanties niet aan de orde gestelde geval dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van die werknemer.

Met dit stelsel strookt en in verband daarmee vloeit naar de aard van de arbeidsovereenkomst uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, bedoeld in art. 6:248 lid 1, voort dat de werkgever ook in geval de auto ten tijde van het ongeval aan de werknemer zelf toebehoorde, in beginsel de daaraan ontstane schade heeft te dragen, behoudens het geval dat deze is ontstaan door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.”

51. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81, m.nt. Scholten (Heesters/Schenkelaars); HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948, m.nt. Stein (Sweegers/Van den Hout).

52. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, m.nt. Stein (Bruinsma/Schuitmaker).

De Hoge Raad oordeelde met andere woorden dat de eisen van redelijkheid en billijkheid voorschrijven, dat als een werknemer zijn eigen auto bij de uitoefening van de werkzaamheden beschadigt, het systeem van artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW moet worden gevolgd. Dit systeem houdt volgens de Hoge Raad in, dat de werkgever het *risico* behoort te dragen van schade die door de werknemer wordt veroorzaakt in de uitoefening van de werkzaamheden, afgezien van schade die is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Dezelfde redenering kan ook al worden afgeleid uit het arrest De Bont/Zuid-Ooster.⁵³ Hierin oordeelde de Hoge Raad:

“(...) de aard van een arbeidsovereenkomst kan meebrengen, dat een werkgever de gevolgen moet dragen van geringe fouten, die de arbeider bij de verrichting van zijn werkzaamheden begaat;

dat dit met name het geval is, wanneer een werkgever zijn arbeider opdraagt als chauffeur deel te nemen aan het wegverkeer, dat den autobestuurder vrijwel onafgebroken voor de taak stelt zelfstandig beslissingen te nemen en handelend op te treden, vaak in situaties die zich onverwachts voordoen en grote gevaren in zich bergen, met kansen op schaden die in omvang staan buiten verhouding tot het bedrag van het loon waarvoor de arbeider den arbeid op zich heeft genomen (...)”

In het arrest Posthumus/Terpstra werd aan dit alles nog een ander element toegevoegd.⁵⁴ In dat arrest werd door de Hoge Raad ook belang gehecht aan de mogelijkheid of het gebruik van werknemers om zich door een verzekering tegen aansprakelijkheid tegenover de werkgever te beschermen. Het hof had in het kader van de vraag of Terpstra aansprakelijk was voor de door hem veroorzaakte schade overwogen dat in de Nederlandse arbeidsverhoudingen niet gebruikelijk is dat werknemers zich verzekeren tegen aansprakelijkheid wegens in dienstbetrekking gemaakte fouten. In cassatie oordeelde de Hoge Raad als volgt over het tegen dit oordeel gerichte klacht:

“Met betrekking tot de onderdelen d1, d2 en d3 moet worden vooropgesteld dat het hof er terecht van is uitgegaan dat de te dezen te beantwoorden vraag is of de tekortkomingen van Terpstra hem zo zeer kunnen worden verweten dat hij, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, voor de daardoor ontstane schade jegens Posthumus aansprakelijk kan worden gehouden.

Bij de beantwoording van die vraag kon het hof – anders dan in onderdeel d1 (eerste klacht) wordt betoogd – zonder schending van een rechtsregel in aanmerking nemen ‘de mogelijkheid of het gebruik van werknemers als Terpstra het eigen vermogen door een verzekering tegen aansprakelijkheid als bedoeld te beschermen’ een punt dat het hof kennelijk van belang acht in verband met ‘de aard van Terpstra’s func-

53. HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551, m.nt. Rutten (De Bont/Zuid-Ooster).

54. HR 3 april 1987, NJ 1987, 606 (Posthumus/Terpstra).

tie' en 'de financiële risico's verbonden aan de uitoefening ervan' – en betekenis toekennen aan de in het slot van r.o. 4.24 genoemde omstandigheid. Anderzijds noopte geen rechtsregel het hof in zijn oordeel te betrekken 'de mogelijkheid en het gebruik van werkgevers als Posthumus om zich door verzekering tegen de gevolgen van fouten als die, welke aan Terpstra zijn verweten, te beschermen' (onderdeel d2). Onderdeel d2 waaraan dit citaat is ontleend, faalt dus ook."

Uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak kunnen aldus drie redenen worden afgeleid waarom de aard van de arbeidsovereenkomst kan meebrengen dat de werkgever de schade die de werknemer veroorzaakt zelf moet dragen:

- i) De werknemer wordt door het verrichten van zijn werkzaamheden in een positie gedwongen, waarbij de kans op het veroorzaken van schade – gelet op de 'ervaringsregel' – groter is dan in normale gevallen.
- ii) Het is niet gebruikelijk dat werknemers zich verzekeren tegen schade veroorzaakt bij de werkgever in de uitoefening van de werkzaamheden.
- iii) De werknemer dient beschermd te worden, omdat de schade die uit zijn handelingen zou kunnen voortvloeien, in sommige situaties niet in verhouding staat tot het loon dat de werknemer verdient.

Daarmee lijkt de ratio van artikelen 7:661 en 6:170 lid 3 BW wezenlijk te verschillen van de ratio van artikel 7:658 lid 2 BW. Met artikel 7:658 BW is in hoofdzaak bedoeld – in de vorm van een zorgplicht – de werknemer een zo groot mogelijke bescherming te bieden tegen ongevallen op de werkvloer. Daarmee hangt een streng eigenschuldregime samen. Artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW bieden daarentegen eerder antwoord op de vraag voor wiens *risico* fouten die tijdens de werkzaamheden door de werknemer zijn gemaakt moeten komen. Het door de Hoge Raad genoemde 'ervaringsfeit' waartegen de werknemer beschermd moet worden, speelt dus in het kader van artikel 7:658 BW een andere rol dan in het kader van artikelen 7:661 en 6:170 BW.⁵⁵ Anders dan artikel 7:658 BW, dat een schuldaansprakelijkheid bevat, is aan artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW geen zorgplicht ter voorkoming van schade verbonden. De bepalingen bevatten hiermee een dwingende risicoverdeling, die inhoudt dat het risico van schade die is ontstaan bij de uitoefening van de werkzaamheden volledig bij de werkgever is neergelegd, afgezien van gevallen waarin sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Op deze wijze wordt de werknemer beschermd tegen aansprakelijkheden die de risico's die de werknemer in de werksfeer gedwongen moet nemen, waarvoor hij meestal niet verzekerd is en die bovendien niet door de hoogte van de beloning worden gerechtvaardigd.

55. Zie eerder B. Schouten, 'Opzet of bewuste roekeloosheid ex artikel 7:661 BW en de behoefte aan een soepeler maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid', *TAP* 2014/5, p. 262-270.

2.4 OPZET OF BEWUSTE ROEKELOOSHEID EN ARTIKEL 7:611 BW

2.4.1 *Historische en juridische achtergrond*

Het criterium opzet of bewuste roekeloosheid treffen we ook aan in enkele in de rechtspraak tot stand gekomen regels, die als zodanig niet in de wet zijn verankerd. Deze jurisprudentie is gebaseerd op het beginsel van goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW. In deze paragraaf zullen de verschillende uit artikel 7:611 BW voortvloeiende aansprakelijkheidsvormen worden uiteengezet.

Aansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW alleen buiten het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW

De in artikel 7:658 BW neergelegde regeling voor de aansprakelijkheid van de werkgever bij arbeidsongevallen en beroepsziekten moet worden gezien als een bijzonder – in de wet vastgelegd – uitvloeisel van het beginsel van goed werkgeverschap.⁵⁶ Het gevolg hiervan is dat waar een schadegeval binnen het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW valt en de werkgever voor de schade niet aansprakelijk is, geen plaats is voor een aanvullende aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW. Dit blijkt uit hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest De Kok/Janssen's Schoonmaakbedrijven.⁵⁷ Hierin oordeelde de Hoge Raad dat als de werkgever zijn zorgplicht uit artikel 7:658 BW heeft nageleefd en hij ook overigens niet tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, er geen plaats is voor een op goed werkgeverschap gestoelde verplichting om aan een werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen.

In enkele situaties die buiten het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW vallen heeft de Hoge Raad aanvaard dat wel een aanvullende rol voor artikel 7:611 BW is

56. Blijkens de parlementaire geschiedenis was dit al bij de inwerkingtreding van artikel 1638x BW (oud) de opvatting van de wetgever. Zie A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907* (Staatsblad, n°. 193), derde deel, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908, p. 294: "In verschillende landen is door bekwame rechtgeleerden betoogd, dat tot vestiging dezer verplichting eene uitdrukkelijke wetsbepaling niet noodzakelijk is, dat ze veeleer van zelf voortvloeit uit den algemeenen rechtsregel, die thans te onzent in art. 1375 B.W. is neergeschreven en die in dit ontwerp in (art. 1638z) wordt herhaald". Artikel 1638z BW (oud) was de voorloper van het huidige artikel 7:611 BW. Later (p. 300-301) heeft de minister van Justitie zijn opmerking herhaald: "Wat het eerste lid bepaalt is zoo volkomen billijk en redelijk en volgt zoo zeer uit den aard van het dienstcontract zelf, dat ik zou zeggen, de daar vermelde verplichting des werkgevers is een verplichting die, van zelf spreekt, zij is een van zijn meest elementaire verbintenissen. (...) Mijns inziens is dit een verplichting die geïmpliceerd is in het arbeidscontract, en waar wij thans de verplichtingen der werkgevers nader regelen, moet ook die verplichting in de wet worden opgenomen."

57. HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Janssen's Schoonmaakbedrijven). Zie verder HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roefen/Thijssen) en na enige tijd van onzekerheid in dezelfde lijn: HR 11 november 2011, JAR 2011/315, m.nt. Barentsen. Zie ook J. Sap, 'De bijzondere verhouding tussen art. 7:658 en art. 7:611 BW', VRA 2011/92, p. 269-277.

weggelegd. De Hoge Raad heeft hiertoe een eerste aanzet gegeven in het arrest *Reclassering/S*.⁵⁸ In deze zaak ging het om een sociaalpsychiatrisch werker die 's avonds in de deuropening van haar woning met een ijzeren hamer is aangevallen door een reclasseringscliënt, met uiteindelijk langdurige arbeidsongeschiktheid tot gevolg. Hoewel het ongeval in de privésfeer had plaatsgevonden, oordeelde de rechtbank in hoger beroep dat de werkgever aansprakelijk was voor de door de werknemer geleden schade. In cassatie oordeelde de Hoge Raad anders. Hij overwoog dat de werkgever op grond van artikel 7:658 BW alleen aansprakelijk is als de werknemer de schade is overkomen in de uitoefening van de werkzaamheden. De Hoge Raad oordeelde dat er geen goede grond aanwezig was om dit vereiste uit artikel 7:658 BW terzijde te schuiven. De verplichting van de werkgever om de werkzaamheden zodanig te organiseren dat de werknemer beschermd is tegen de aan zijn werk verbonden veiligheidsrisico's vloeide volgens de Hoge Raad niet alleen voort uit de sociaaleconomische positie van de werkgever ten opzichte van zijn werknemer. Deze hield ook nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn instructiebevoegdheid ten aanzien van de uitoefening van de werkzaamheden. Omdat die instructiebevoegdheid in de regel ontbreekt buiten de uitoefening van de werkzaamheden, moet de aansprakelijkheid van de werkgever in die gevallen niet worden beoordeeld aan de hand van artikel 7:658 BW. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad als volgt:

“Dit brengt mee dat de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor ongevallen die de werknemer, ofschoon samenhangend met zijn werkzaamheden, in zijn privé-situatie zijn overkomen, niet wordt beheerst door de bijzondere regeling van art. 7A:1638x, maar telkens naar de omstandigheden van het gegeven geval moet worden beantwoord aan de hand van wat voor dat geval de eis zich als een goed werkgever te gedragen meebrengt. Daarbij verdient opmerking dat voor een bevestigende beantwoording van deze vraag slechts plaats is onder bijzondere omstandigheden, waarbij voor gevallen als de onderhavige kan worden gedacht aan een, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar.”

In retrospectief bleek deze rechtsoverweging de eerste stap in een zich steeds verder uitstrekkende ontwikkeling in de rechtspraak. Met betrekking tot schade die de werknemer heeft geleden, zijn er op grond van artikel 7:611 BW momenteel twee aansprakelijkheidsvormen te onderscheiden, namelijk (1) aansprakelijkheid in verband met een bijzondere zorgplicht in privé-situaties en (2) aansprakelijkheid voortvloeiend uit een verzekeringsplicht in verband met verkeersongevallen.⁵⁹

58. HR 22 januari 1999, *JAR* 1999/44 (*Reclassering/S*).

59. Het voorlopige sluitstuk van de ontwikkeling van aansprakelijkheidsvormen op grond van artikel 7:611 BW met betrekking tot door de werknemer geleden schade vormt het arrest HR 11 november 2011, *JAR* 2011/316, m.nt. Vegter (TNT Post). Hierin geeft de Hoge Raad een samenvatting van zijn eerdere jurisprudentie en overweegt hij voorts dat het – mede met het oog op de vereiste rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht – bij de huidige stand van de wetgeving tot de eerder aanvaarde categorieën beperkt dient te blijven.

Een bijzondere zorgplicht in 'privésituaties'

De eerste aansprakelijkheidsvorm heeft betrekking op schade die de werknemer is overkomen in een 'privésituatie' waaraan een bijzonder risico op schade verbonden is en die zodanig in verband staat met de arbeidsovereenkomst, dat voor de werkgever toch een zorgplicht bestaat. Indien de werkgever deze zorgplicht is nagekomen, maar desondanks schade ontstaat, is de werkgever mogelijk gehouden dit risico op zich te nemen, bijvoorbeeld door het sluiten of aanbieden van een adequate verzekering.

In verband met deze aansprakelijkheidsvorm verdienen twee arresten bijzondere aandacht. In de eerste plaats is dat het arrest KLM/De Kuijer.⁶⁰ In dit arrest ging het om een werknemer die als piloot werkzaam was voor KLM. Tijdens een periode van enkele dagen 'wachttijd' (de periode tussen twee vluchten), raakte de piloot betrokken bij een verkeersongeval, toen hij met een taxi vanuit het hotel waar hij verbleef onderweg was naar een restaurant. Bij dit ongeval liep de werknemer ernstig lichamelijk letsel op. Volgens de Hoge Raad had de wachttijd een dusdanig nauwe samenhang met de arbeidsovereenkomst dat ook in deze periode uit het beginsel van goed werkgeverschap voor de werkgever verplichtingen voortvloeiden. Deze verplichtingen bestonden in de eerste plaats uit het tot een minimum terugbrengen van de bijzondere (verkeers)risico's, bijvoorbeeld door het verzorgen van eigen vervoer of het verschaffen van informatie over goede vervoerders. Het resterende risico op schade, dat bestaat ongeacht de eventueel genomen voorzorgsmaatregelen, zal de werkgever – op basis van een 'subsidiare' verplichting – voor eigen rekening moeten nemen, eventueel door het sluiten of aanbieden van een adequate verzekering. Omdat KLM geen van de genoemde verplichtingen was nagekomen, was zij volledig aansprakelijk voor de door de werknemer geleden schade.

Een ander belangwekkend arrest is M/V Communicatie/Van den Brink.⁶¹ In dit arrest ging het om een werknemster die deelnam aan een (niet verplicht gestelde) rolschaatsworkshop in de marmeren kantoorhal van de werkgever. De werknemster kwam ten val en liep hierdoor letsel op. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 7:658 BW toepassing miste, aangezien het ongeval van de werknemster plaats had gevonden buiten de uitvoering van de werkzaamheden. De Hoge Raad voegde hieraan echter het volgende toe:

"Evenwel kan een werkgever ook aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van een aan zijn werknemer buiten de uitoefening van diens werkzaamheden overkomen ongeval, indien die schade (mede) is ontstaan doordat de werkgever, beoordeeld naar de bijzondere omstandigheden van het geval, zich niet

60. HR 18 maart 2005, JAR 2005/100, m.nt. Vegter (KLM/De Kuijer).

61. HR 17 april 2009, JAR 2009/128 (M/V Communicatie/Van den Brink).

overeenkomstig art. 7:611 BW heeft gedragen als een goed werkgever. Daarbij geldt dat een werkgever die voor zijn personeel een activiteit organiseert of doet organiseren waaraan een bijzonder risico op schade voor de deelnemende werknemers verbonden is, uit hoofde van de eisen van goed werkgeverschap gehouden is de ter voorkoming van die schade redelijkerwijs van hem te verlangen zorg te betrachten.”

Opvallend aan het arrest M/V Communicatie/Van den Brink is dat de Hoge Raad niet spreekt over een ‘subsidiare’ plicht tot het op zich nemen van het risico dat schade – ondanks de uit de zorgplicht ex artikel 7:611 BW voortvloeiende voorzorgsmaatregelen – toch ontstaat, bijvoorbeeld door het sluiten of aanbieden van een adequate verzekering. In het arrest KLM/De Kuijer ging de Hoge Raad – althans zo lijkt het – nog wel uit van een dergelijke plicht. Het is dus de vraag of deze plicht (nog steeds) op de werkgever rust.⁶²

Verzekeringsplicht bij verkeersongevallen

De tweede aansprakelijkheidsvorm die voortvloeit uit artikel 7:611 BW, is de aansprakelijkheid voor niet door een behoorlijke verzekering gedekte schade als gevolg van een verkeersongeval dat de werknemer overkomt bij de uitoefening van zijn werkzaamheden. Aangezien de openbare weg niet behoort tot de werkplaats waarover de werkgever zeggenschap heeft en er dus voor de werkgever geen zorgplicht bestaat, is artikel 7:658 BW bij verkeersongevallen in beginsel niet van toepassing. De Hoge Raad heeft evenwel in de arresten Vonk/Van der Hoeven⁶³ en De Bont/Oudenallen⁶⁴ geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van artikel 6:248 lid 1 BW, als ook artikel 7:611 BW, aansprakelijk is voor de niet door een verzekering gedekte schade, die de werknemer lijdt bij een verkeersongeval dat hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden overkomt. De Hoge Raad heeft deze regel in de zogeheten ‘1-februari-arresten’ nader toegelicht.⁶⁵ In deze arresten overwoog de Hoge Raad dat de aan het gemotoriseerde verkeer verbonden gevaren mettertijd hebben geleid tot goede verzekerbaarheid van de risico’s tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moest volgens de Hoge Raad worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichtingen op grond van artikel 7:611 BW gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van

62. Zie hierover C.J.M. Klaassen, ‘De aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsuitjes en personeelsactiviteiten’, *AV&S* 2009/30, p. 225-235. Klaassen geeft aan dat een dergelijke subsidiaire verzekeringsplicht volgens haar niet gewenst is, omdat deze zou leiden tot een niet te rechtvaardigen discrepantie tussen schadegevallen binnen en buiten het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW. Indien de schade is veroorzaakt binnen de uitvoering van de werkzaamheden, kan de werkgever immers ontsnappen aan aansprakelijkheid door aan te tonen dat hij voldoende voorzorgsmaatregelen heeft genomen. Het is volgens Klaassen niet wenselijk dat buiten de uitvoering van de werkzaamheden – naast de zorgplicht – tevens het risico voor desondanks ontstane schade voor rekening van de werkgever komt.

63. HR 12 januari 2001, *JAR* 2001/24, m.nt. Vegter (Vonc/Van der Hoeven).

64. HR 9 augustus 2002, *JAR* 2002/205, m.nt. Thierry & Vegter (De Bont/Oudenallen).

65. HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56, m.nt. Vegter (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/57, m.nt. Vegter (Kooiker/Taxi Nijverdal).

werknemers, wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. De omvang van die verplichting zou van geval tot geval moeten worden vastgesteld.⁶⁶ De omvang van de schadevergoeding is beperkt tot de omvang van het bedrag dat bij het bestaan van een behoorlijke verzekering zou zijn vergoed.⁶⁷

Artikel 7:611 BW en het eigenschuldverweer

Evenals bij aansprakelijkheid die voortvloeit uit artikel 7:658 BW heeft de werkgever bij de uit artikel 7:611 voortvloeiende vormen van aansprakelijkheid de mogelijkheid een beroep te doen op een eigenschuldverweer. In dat verband bestaat er een verschil tussen de twee hiervoor onderscheiden aansprakelijkheidsvormen. In het arrest M/V Communicatie/Van den Brink heeft de Hoge Raad inzicht gegeven in de mogelijkheid van een eigenschuldverweer, waar het gaat om 'directe' aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW. De Hoge Raad oordeelde dat de bijzondere regels omtrent eigen schuld in artikel 7:658 BW niet van toepassing zijn bij aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW. Met andere woorden: de 'alles of niets-doctrine' die voortvloeit uit artikel 7:658 BW, met als omslagpunt de situatie waarin de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, geldt niet bij directe aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW.⁶⁸ Dit betekent dat op grond van artikel 6:101 lid 1 BW een naar evenredigheid vastgesteld deel van de schade door de werknemer zelf moet worden gedragen, als eigen schuld van de werknemer aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen.

Bij aansprakelijkheid die is gestoeld op een uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verzekeringsplicht wordt op een andere wijze rekening gehouden met de eigen schuld van de werknemer. In het arrest De Bont/Oudenallen overwoog de Hoge Raad dat de werkgever de niet door een verzekering gedekte schade heeft te dragen, behoudens in het geval sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In de '1-februari-arresten' heeft de Hoge Raad deze overweging genuanceerd. De Hoge Raad heeft er namelijk voor gekozen de eigen schuld van

66. De Hoge Raad heeft de verzekeringsplicht voor gemotoriseerd verkeer later uitgebreid naar verkeersongevallen waarbij de werknemer als fietser of als voetganger betrokken is en waarbij tevens één of meerdere gemotoriseerde voertuigen betrokken zijn. Verder geldt de verzekeringsplicht ook voor 'eenzijdige' verkeersongevallen waarbij de werknemer als fietser betrokken is. Zie HR 12 december 2008, JAR 2009/15, m.nt. Vegter (Maatzorg De Werven/Van der Graaff).

67. In HR 19 oktober 2018, JAR 2018/296 bevestigt de Hoge Raad dat dit de stand van het sinds de '1-februari-arresten' geldende recht is. Het kon de werkgever in de onderhavige procedure – die een schadestaatprocedure betrof – niet baten. Het hof had namelijk in de procedure waarin de aansprakelijkheid van de werkgever was vastgesteld geoordeeld dat de werkgever gehouden was tot vergoeding van de volledige schade. Dat de stand van het recht kort daarna is gewijzigd, deed niet af aan de gebondenheid aan dat oordeel van de rechter in de schadestaatprocedure.

68. Zie over deze 'alles of niets-doctrine' het eerder aangehaalde arrest HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948, m.nt. Stein (Sweegers/Van den Hout).

de werknemer te verdisconteren in de omvang van de verzekeringsplicht, zo blijkt uit het volgende oordeel:

“De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, (...) en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.”

Deze constructie betekent in wezen dat het eigenschuldverweer geen ontsnapingsclausule vormt voor in beginsel reeds gevestigde aansprakelijkheid. Als de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, is eenvoudigweg geen sprake van een situatie waarvoor de werkgever een verzekering had moeten afsluiten. Aldus heeft de werkgever zijn verplichting op grond van artikel 7:611 BW bij het ontbreken van een verzekering niet geschonden, zodat aansprakelijkheid niet wordt gevestigd.

Aansprakelijkheid voor door de werknemer veroorzaakte schade

Ook ten aanzien van schade die de werknemer zelf heeft veroorzaakt, heeft de Hoge Raad enkele bijzondere op artikel 7:611 BW gestoelde regels aanvaard. De Hoge Raad maakte hiermee een begin met het arrest Bruinsma/Schuitmaker.⁶⁹ Kort samengevat ging het in deze zaak om een werknemer die tijdens werktijd gebruik maakte van zijn eigen auto en die vervolgens betrokken raakte bij een verkeersongeval. De Hoge Raad oordeelde dat voor de beoordeling van deze zaak mede acht moest worden geslagen op het stelsel van het arbeidsrecht. Dat stelsel hield in dat als de werknemer ten tijde van het ongeval niet zijn eigen auto had gebruikt, maar de auto van zijn werkgever of van een derde die zijn werkgever voor de door het ongeval veroorzaakte schade aanspreekt (zoals een lease-maatschappij), de werkgever de door de schuld van de werknemer aan de auto toegebrachte schade in beginsel zelf had moeten dragen, behoudens het geval waarin sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Om die reden oordeelde de Hoge Raad dat artikel 7:661 BW analoog moest worden toegepast.⁷⁰

In het arrest APG/Verkerk heeft de Hoge Raad een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de invloed van artikel 7:611 BW.⁷¹ Net als bij artikel 7:658 BW strekt het toepas-

69. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, m.nt. Stein (Bruinsma/Schuitmaker).

70. Hoewel de Hoge Raad het in dit arrest nog heeft over de eisen van redelijkheid en billijkheid en verwijst naar de aanvullende werking van artikel 6:248 lid 1 BW, zou de Hoge Raad het in latere rechtspraak hebben over de arbeidsrechtelijke evenknie: goed werkgeverschap en artikel 7:611 BW.

71. HR 11 juli 2014, JAR 2014/193, m.nt. Barentsen (APG/Verkerk).

singsbereik van artikel 7:661 BW zich uitsluitend uit tot schades die zijn ontstaan bij de uitoefening van de werkzaamheden. Dit brengt bijvoorbeeld mee, dat als een werknemer onder werktijd schade veroorzaakt aan een door de werkgever aan hem ter beschikking gestelde leaseauto, die schade in beginsel alleen op de werknemer kan worden verhaald als deze het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. Als een leaseauto ook privé mag worden gebruikt, rijst de vraag of, dan wel in hoeverre, dergelijke schade wel op de werknemer mag worden verhaald als de schade is veroorzaakt buiten werktijd.

In het arrest APG/Verkerk ging het om een werknemer wiens leaseauto in privé-tijd was gestolen, doordat hij zijn sleutelbos – inclusief autosleutels – uit de buiten-deur van een woning had laten steken. De leasemaatschappij had voor deze auto een verzekering afgesloten die geen dekking bood voor schade die het gevolg was van ‘onvoorzichtig handelen’. Aangezien de door de leasemaatschappij geleden schade aldus op grond van de polisvoorwaarden niet door de schadeverzekering werd gedekt, heeft de leasemaatschappij de schade rechtstreeks verhaald op de werkgever. De tussen de werkgever en de werknemer gesloten leaseregeling bepaalde dat de verzekering van de auto geen dekking bood voor schade die was veroorzaakt door ‘schuld, opzet of grove roekeloosheid’ en dat de werknemer voor dergelijke schade voor het geheel aansprakelijk zou zijn.

De werkgever stelde zich op het standpunt dat artikel 7:661 BW in het onderhavige geval toepassing miste en was daarom van mening dat de geleden schade op grond van het leasereglement op de werknemer kon worden verhaald. In hoger beroep oordeelde het hof dat, hoewel artikel 7:661 lid 1 BW in deze situatie niet van toepassing was, er gelet op de omstandigheden van het geval een zodanig verband tussen de diefstal van de auto en de arbeidsovereenkomst aanwezig was, dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als artikel 7:661 BW niet analoog van toepassing zou worden toegepast.⁷² Het hof kwam tot deze conclusie op basis van de volgende redenering.

De verzekeringspolis tussen de leasemaatschappij en de verzekeraar week af van artikel 7:952 BW, dat bepaalt dat de verzekeraar niet gehouden is schade te vergoeden die het gevolg is van opzet of roekeloosheid. Artikel 7:952 BW is echter van regelend recht, waardoor het mogelijk is ten voordele van de verzekeraar van deze bepaling af te wijken. Door de keuze voor een verzekering met een ‘mindere’ dekkingsgraad, had de werkgever de werknemer in de positie gebracht dat hij niet verzekerd was voor eigen nalatigheid of onvoorzichtigheid buiten werktijd. Het lag volgens het hof voor de hand dat de werknemer zich van dit risico niet bewust is geweest, terwijl hij wel de mogelijkheid heeft benut om de auto ook in privé-tijd

72. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, *JAR* 2013/88.

te gebruiken. Hierdoor heeft de werknemer zich in wezen niet kunnen verzekeren tegen het risico van nalatigheid of onvoorzichtigheid, terwijl hij deze mogelijkheid bij gebruik van een eigen auto wel zou hebben gehad.

In cassatie liet de Hoge Raad het arrest van het hof in stand, maar hij bracht wel enkele nuanceringen aan. De Hoge Raad achtte mede van belang dat de wettelijke dekkingsgraad nagenoeg overeenkomt met de dekkingsgraad die bij cascoverzekeringen (beter bekend als 'allriskverzekeringen') gebruikelijk is. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat ernstige schade aan een – veelal (vrijwel) nieuwe – leaseauto een zodanige omvang kan hebben, dat deze door een werknemer niet of bezwaarlijk is te dragen. Om die reden vloeit uit artikel 7:611 BW voort dat niet-verzekerde schade aan een leaseauto die buiten werktijd is veroorzaakt, niet op de werknemer kan worden verhaald, indien deze schade wel bij een gebruikelijke verzekering zou zijn gedekt. Een andere regel zou meebrengen dat de werknemer wordt blootgesteld aan een risico waarvan hij veelal niet of in onvoldoende mate zal zijn doordrongen, terwijl hij dit risico gelet op de omvang van de mogelijke schade veelal niet zal kunnen dragen of zal willen lopen.

Deze regel kent volgens de Hoge Raad twee uitzonderingen. In de eerste plaats geldt een uitzondering voor 'schade van geringe omvang', mits de gevallen en de omvang waarin verhaal van de schade van geringe omvang mogelijk is, is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst of in een andere tussen partijen geldende regeling. Met schade van geringe omvang doelt de Hoge Raad op '*schade die meer beloopt dan hetgeen redelijkerwijs – als prikkel voor voorzichtig en zorgvuldig gedrag – voor eigen risico van de werknemer is te brengen*'. Het is de vraag waar de grens ligt tussen geringe en niet-geringe schade. Het is niet denkbeeldig dat wat als geringe of niet-geringe schade wordt gekwalificeerd, mede afhangt van de hoogte van het loon van de werknemer in kwestie.⁷³ De tweede uitzondering geldt als de werkgever de werknemer een keuze heeft gegeven tussen een volledige verzekering en een beperkte verzekering, met de mogelijkheid van verhaal door de werkgever op de werknemer van niet door die verzekering gedekte schade en de werknemer ondubbelzinnig voor de laatstgenoemde variant heeft gekozen.

Het schuldregime bij door de werknemer veroorzaakte schade

Ook bij de regels rondom door de werknemer veroorzaakte schade bestaan twee verschillende schuldregimes. In het arrest Bruinsma/Schuitmaker is gekozen voor een analoge toepassing van de regeling in artikel 7:661 BW. Dit betekent dat de werknemer verhaal heeft op zijn werkgever, behoudens de gevallen waarin de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

73. Zie ook Barentsen in zijn annotatie bij HR 11 juli 2014, *JAR* 2014/193.

In het arrest APG/Verkerk heeft de Hoge Raad echter uitdrukkelijk niet voor een analoge toepassing van artikel 7:661 BW gekozen. Volgens de Hoge Raad ziet artikel 7:661 BW uitsluitend op de risico's die bestaan 'bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en hetgeen daartoe mede te rekenen valt'. In plaats van aansluiting te zoeken bij artikel 7:661 BW, zocht de Hoge Raad daarom aansluiting bij het verzekeringsrecht. Dit betekent dat de werkgever de schade wel kan verhalen op de werknemer, als deze het gevolg is van opzet of roekeloosheid als bedoeld in artikel 7:952 BW. Immers, zo oordeelde de Hoge Raad, ook in het geval de werknemer zelf voor een verzekering kan kiezen en hij de keuze maakt voor een volledige verzekering, komt schade die het gevolg is van opzet of roekeloosheid op grond van art. 7:952 BW niet voor vergoeding in aanmerking.

2.4.2 *Uitleg volgens rechtspraak van de Hoge Raad*

Het aantal arresten waarin de Hoge Raad uitleg geeft over opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende aansprakelijkheidsvormen is beperkt. Tot op heden heeft de Hoge Raad slechts twee van dergelijke arresten gewezen. Beide arresten hebben betrekking op aansprakelijkheid als gevolg van het ontbreken van een behoorlijke verzekering. Verder richtten beide arresten zich uitsluitend op de uitleg van het begrip bewuste roekeloosheid en kwam het begrip opzet niet ter sprake.

Uit het arrest Dieteren/Engelen valt op te maken dat volgens de Hoge Raad aan bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:611 BW dezelfde betekenis behoort te worden toegekend als aan bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:658 BW.⁷⁴ In deze zaak ging het om een werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden een verkeersongeval was overkomen, zodat de vraag aan de orde was of de werkgever aansprakelijk was uit hoofde van artikel 7:611 BW. De werknemer was met hoge snelheid tegen een pilaar gereden van een aan de snelweg gelegen tankstation. De werkgever nam in deze procedure het standpunt in dat de werknemer zich schuldig had gemaakt aan opzet of bewuste roekeloosheid, zodat van aansprakelijkheid geen sprake kon zijn. Het hof oordeelde in de eerste plaats dat het rijgedrag van de werknemer als roekeloos kon worden aangemerkt, tegen welke kwalificatie de werknemer zich (in ieder geval in cassatie) niet heeft verzet. Voorts ligt in het oordeel van het hof besloten, dat het van belang was om vast te stellen dat de werknemer zich ook bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. Dit laatste werd door de werknemer betwist. Hij stelde namelijk dat hij leed aan diabetes en tijdens zijn rit waarschijnlijk onwel was geworden als gevolg van hypoglycemie. De werknemer stelde verder dat hij zich niets van de bewuste dag kon herinneren.

74. HR 2 december 2005, JAR 2006/15 (Dieteren/Engelen).

Het hof oordeelde dat de door de werknemer gestelde oorzaak van het ongeval – onwel worden achter het stuur als gevolg van hypoglycemie – slechts was aangevoerd als een theoretische mogelijkheid. Daar stond volgens het hof tegenover dat het rijgedrag van de werknemer voorafgaand aan het ongeval als agressief gekenmerkt kon worden (bumperkleven en op de vluchtstrook vlak achter en soms ook naast een auto rijden), maar overigens geenszins duidde op verminderd bewustzijn. Tegen die achtergrond lag het volgens het hof op de weg van de werknemer om feiten en omstandigheden te stellen die minst genomen aannemelijk deden zijn dat hij ten tijde van het ongeval in een toestand van verminderd bewustzijn verkeerde. Volgens het hof had de werknemer echter niet meer gesteld dan de mogelijkheid dat hij onwel was geworden achter het stuur. De op de werkgever rustende bewijslast ten aanzien van de bewuste roekeloosheid ging volgens het hof dan niet zover, dat de werkgever ook zou moeten bewijzen dat die voorshands theoretisch gebleken mogelijkheid zich niet had voorgedaan. Het hof achtte bewuste roekeloosheid om die reden aanwezig.

De werknemer richtte in cassatie tegen dit oordeel – voor zover relevant – twee klachten. Met zijn eerste klacht stelde de werknemer dat het hof de reikwijdte had miskend van de regel dat op de werkgever de stelplicht en, in geval van voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, de bewijslast draagt van bewuste roekeloosheid. De Hoge Raad oordeelde hierover als volgt:

“In de hiervoor in 3.3 weergegeven rov. 4.3, 4.4 en 4.5.1 van het hof ligt het oordeel besloten dat, nu [werknemer] de stelling van [werkgever] dat hij op 4 september 1998 in bewuste roekeloosheid had gehandeld in feite slechts bestreed met het opperen van de voorshands niet meer dan theoretische mogelijkheid dat zijn rijgedrag was veroorzaakt door onwel worden achter het stuur (als gevolg van hypoglycemie), [werkgever] wat betreft het element “bewust” aan haar stelplicht heeft voldaan, in aanmerking genomen dat uit het door haar gestelde (en bewezen) agressieve rijgedrag van [werknemer] naar objectieve maatstaven kon worden afgeleid dat deze zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van dat gedrag. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de stelplicht van [werkgever] en behoefde geen nadere motivering dan door het hof is gegeven. Met name behoefde het hof niet in te gaan op de uiteenzettingen van [werknemer] die erop neerkomen dat voormeld rijgedrag niet overeenstemt met zijn gebruikelijke, aan [werkgever] bekende rijstijl. Onderdeel I faalt derhalve, voor zover het al feitelijke grondslag heeft.”

De tweede klacht van de werknemer richtte zich tegen het oordeel van het hof dat de werknemer feiten en omstandigheden diende aan te dragen die minst genomen aannemelijk deden zijn dat hij zich er niet van bewust was roekeloos te handelen. Dit tegen de achtergrond van de omstandigheid dat de werknemer had aangevoerd zich niet bewust te zijn geweest van het roekeloze karakter van dat gedrag. De werknemer klaagde onder meer dat het oordeel van het hof onjuist is als de werknemer, zoals in dit geval wegens geheugenverlies, niet in staat is dergelijke

feiten en omstandigheden aan te voeren. Over deze klacht oordeelde de Hoge Raad als volgt:

“Deze klacht faalt. Gelet op het lot van onderdeel 1 moet hier uitgangspunt zijn dat [werkgever] heeft voldaan aan haar stelplicht met betrekking tot het geschilpunt of [werknemer] zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn rijgedrag. Bij dat uitgangspunt lag het, naar het hof terecht heeft geoordeeld, op de weg van [werknemer] om feiten en omstandigheden te stellen die, indien nodig, zouden kunnen ontzenuwen dat van een zodanig bewustzijn sprake is geweest. Dat geheugenverlies [werknemer] verhindert zodanige feiten en omstandigheden te stellen, is niet een omstandigheid die voor risico van [werkgever] komt en leidt derhalve niet tot een ander oordeel.”

Het arrest Dieteren/Engelen is een van de weinige arresten waarin de Hoge Raad een oordeel van het hof dat sprake was van bewuste roekeloosheid in stand liet. Betekent dit dat de Hoge Raad onder omstandigheden toch een lichtere maatstaf voor bewuste roekeloosheid aanvaardt? Het antwoord op die vraag luidt ontken-nend.⁷⁵ Het is van belang te constateren dat de uitkomst in deze zaak het gevolg is van de toepassing van procesrecht, niet van de toepassing van materieel recht. Het arrest bevat dus geen draai of nuancering ten opzichte van de door de Hoge Raad in het arrest Pollemans/Hoondert gegeven uitleg van bewuste roekeloosheid. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat het oordeel van het hof ten aanzien van de bewuste roekeloosheid van de werknemer niet voor cassatie in aanmerking komt, omdat het hof had geoordeeld dat de werkgever enerzijds aan zijn stelplicht had voldaan en de werknemer anderzijds onvoldoende daartegenover had gesteld om de stelling van de werkgever te ontkrachten. Daarmee stond de bewuste roekeloosheid op grond van artikel 149 lid 1 Rv in rechte vast. Dit oordeel getuigde niet van een onjuiste rechtsopvatting.

Dat de Hoge Raad (in relatie tot artikel 7:611 BW) geen lichtere maatstaf voor (opzet of) bewuste roekeloosheid heeft aanvaard, wordt bevestigd in het arrest Maasman/Akzo Nobel.⁷⁶ In dit arrest kwam onder andere de vraag aan de orde of het niet omdoen van een autogordel kon worden gekwalificeerd als een bewust roekeloze gedraging. Het hof had deze vraag in hoger beroep bevestigend beantwoord. Daarbij had het hof overwogen dat het een feit van algemene bekendheid is dat het dragen van een gordel tijdens het autorijden het ontstaan van letsel kan voorkomen of in ieder geval het letsel kan verminderen, terwijl het dragen van een gordel wettelijk verplicht is gesteld en overtreding van de desbetreffende regel een strafbaar feit oplevert. Bovendien was de werknemer – Maasman – hiervan blijkens zijn stellingen op de hoogte, maar had hij desondanks een bewuste keuze gemaakt voor het niet dragen van een gordel. Onder deze omstandigheden was

75. Zie hierover uitvoerig C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Inhoud, stelplicht en bewijslast bewuste roekeloosheid', *Ara* 2006/1, p. 46-63.

76. HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel).

volgens het hof sprake van bewuste roekeloosheid. In cassatie kwam de werknemer tegen dit oordeel op en stelde zich op het standpunt dat het hof de maatstaf van bewuste roekeloosheid had 'geobjectiveerd' en niet had vastgesteld dat Maasman zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van de roekeloosheid van zijn gedrag. Deze klacht was volgens de Hoge Raad gegrond:

"Het hof heeft immers miskend dat het feit dat Maasman, hoewel hij op de hoogte was van de daaraan verbonden risico's, "een bewuste keuze heeft gemaakt voor het niet dragen van een gordel", niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat sprake is geweest van een zodanig gevaarlijke gedraging dat Maasman onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk beseftte dat hij zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar (van het oplopen van letsel bij een aanrijding) had behoren te onthouden."

De Hoge Raad heeft aldus bevestigd dat voor bewuste roekeloosheid sprake moet zijn van 'daadwerkelijke bewustheid' bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn gedraging. De Hoge Raad heeft bovendien nadere invulling gegeven aan het 'roekeloze karakter' dat de gedraging van de werknemer blijkt uit het arrest Pollemans/Hoondert moet hebben. Volgens de Hoge Raad is sprake van een roekeloze gedraging als sprake is van een 'aanmerkelijke kans' op verwezenlijking van het door de gedraging van de werknemer in het leven geroepen gevaar.

2.4.3 *Ratio van opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:611 BW*

De Hoge Raad heeft de ratio die ten grondslag ligt aan de verzekeringsplicht in het kader van artikel 7:611 BW duidelijk in zijn jurisprudentie toegelicht. De eerste stap heeft de Hoge Raad gezet in het arrest Vonk/Van der Hoeven.⁷⁷ In het in cassatie bestreden vonnis had de rechtbank een aantal omstandigheden genoemd, op grond waarvan volgens de rechtbank in de betreffende zaak moest worden geoordeeld dat de werkgever aansprakelijk was voor niet door een verzekering gedekte schade.

In de eerste plaats was de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden verplicht zich (dagelijks) per auto van Didam naar Amsterdam en terug te begeven. Hij was bovendien daarbij verplicht bij toerbeurt te chaufferen. Verder waren de financiële gevolgen van een eventueel ongeval voor alle inzittenden van het busje door een WA-verzekering gedekt, behalve voor de chaufferende werknemer. Bovendien was er geen sprake van opzet dan wel bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer bij het ontstaan van het ongeval en achtte de rechtbank het 'ervaringsfeit' van belang dat de dagelijkse omgang met auto's de gebruiker daar-

77. HR 12 januari 2001, *JAR* 2001/24, m.nt. Vegter (Vonc/Van der Hoeven).

van licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is. De Hoge Raad oordeelde – onder verwijzing naar de door de rechtbank genoemde omstandigheden – dat dit oordeel niet blijkt gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

In de hiervoor al aangehaalde 1-februari-arresten heeft de Hoge Raad voortgebouwd op dit oordeel en de ratio van de verzekeringsplicht nader toegelicht.⁷⁸ In deze arresten is de Hoge Raad uitvoerig ingegaan op de verhouding tussen de aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW enerzijds en artikel 7:611 BW anderzijds.

De Hoge Raad stelt voorop dat de wetgever met artikel 7:658 BW geen absolute waarborg heeft willen scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen. Het artikel heeft als doel een zorgplicht in het leven te roepen en verplicht de werkgever voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat ook op artikel 7:611 BW geen onbeperkte aansprakelijkheid kan worden gegrond voor de schade die de werknemer lijdt, omdat dit niet in overeenstemming is met het stelsel van artikel 7:658 BW. De Hoge Raad voegt hieraan het volgende toe:

“De aan het gemotoriseerd verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico’s van ongevallen hebben mettertijd geleid tot een goede verzekeraarbaarheid van deze risico’s tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moet worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval.”

Worden de hiervoor besproken arresten in samenhang gezien, dan kan hieruit worden afgeleid dat aan de verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW de volgende ratio ten grondslag ligt:

- i) Voor schade van de bestuurder van een motorvoertuig bestaat geen dekking onder een WA-verzekering.
- ii) De werknemer is verplicht om in het kader van de uitoefening van de werkzaamheden risico’s te nemen die inherent zijn aan deelneming aan het verkeer.
- iii) De gevaren van gemotoriseerd verkeer zijn goed verzekeraarbaar.

78. HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel) en JAR 2008/57 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

- iv) Ook voor het gemotoriseerd verkeer geldt het 'ervaringsfeit' dat de dagelijkse deelname aan het verkeer, de verkeersdeelnemer licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraten is.

Evenals de regeling in het kader van artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW is de verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW gestoeld op de gedachte dat het niet billijk zou zijn als de werknemer de risico's van de werkzaamheden respectievelijk de deelname aan het verkeer geheel zelf zou moeten dragen. In beide regelingen speelt het verzekeringselement een nadrukkelijke rol. Anders dan bij artikel 7:661 BW, leiden bovenstaande argumenten niet tot een volledige risicolast voor de werkgever, maar een zorgplicht voor het sluiten van een verzekering.⁷⁹ De reden hiervoor lijkt te zijn dat de Hoge Raad de verzekeringsplicht heeft willen kenmerken als een verzwaarde *zorgplicht*, in aanvulling op de zorgplicht uit artikel 7:658 BW. Aangezien ook de zorgplicht uit artikel 7:658 BW niet beoogt een algemene waarborg te bieden, vloeit volgens de Hoge Raad uit het systeem van de wet voort dat ook op artikel 7:611 BW geen onbeperkte aansprakelijkheid voor de schade kan worden gegrond.

2.5 TUSSENCONCLUSIE: BEWUSTE ROEKELOOSHEID IN TITEL 7.10 BW

In de voorgaande paragrafen is uiteengezet dat het eigenschuldregime in artikel 7:658 BW en het schuldregime in artikelen 6:170 lid 3 en 7:661 BW een eigen totstandkomingsgeschiedenis kennen. Artikel 7:658 BW kent een voorgeschiedenis met het begrip grove schuld. Artikelen 7:661 en 6:170 BW kennen een voorgeschiedenis met het begrip 'ernstig verwijt'. Beide begrippen zijn vervangen door de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid. De vraag rijst hoe deze begrippen zich tot elkaar verhouden.

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat lichte verzuimen, die wel onder het algemene schuldbegrip vallen, niet onder de reikwijdte van het begrip grove schuld vallen.⁸⁰ In het arrest Heesters/Schenkelaars heeft de Hoge Raad het begrip grove schuld nader ingekleurd. Hiervan kon sprake zijn, als de schuld van de werknemer zo ernstig was dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn zorgplicht in het niet viel. Bij de beoordeling van de vraag of dat het geval was, moest rekening worden gehouden met het

79. De Hoge Raad heeft dus niet gekozen voor een systeem waarin sprake is van aansprakelijkheid, tenzij de werknemer is verzekerd, als bedoeld in artikel 7:661 lid 2 BW. Er is sprake van een omgekeerde systematiek: de werkgever is gehouden verzekering af te sluiten en is alleen aansprakelijk als hij die verplichting niet is nagekomen.

80. A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907 (Staatsblad, n°. 193)*, derde deel, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908, p. 294.

ervaringsfeit dat routinematig werk de werknemer er licht toe zal brengen om niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.⁸¹

Over het begrip ernstig verwijt is minder bekend. Parlementaire geschiedenis is niet voorhanden en de Hoge Raad heeft zich over de inhoud van het in de arresten Debrot en Posthumus/Terpstra gehanteerde begrip niet nader uitgelaten.⁸² Uit het arrest De Bont/Zuid-Ooster kan hooguit worden afgeleid dat het bij een 'ernstig verwijt' om meer moet gaan dan 'geringe fouten'.⁸³

Of er een verschil in zwaarte bestaat tussen grove schuld enerzijds en ernstig verwijt anderzijds, valt moeilijk te beoordelen. Beide begrippen lijken elkaar inhoudelijk niet veel te ontlopen en houden een zware gradatie van schuld in. Voor geen van beide schuldgradaties was echter een subjectief element vereist. Daarin verschillen beide begrippen van het begrip bewuste roekeloosheid, althans volgens de uitleg van de Hoge Raad.

Het arrest City Tax/De Boer leert ons dat overal waar in titel 7.10 BW de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid worden gehanteerd, hieraan dezelfde betekenis toekomt.⁸⁴ In het arrest Pollemans/Hoondert heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van bewust roekeloos handelen pas sprake kan zijn, als het roekeloze karakter van de gedraging van de werknemer direct voorafgaande aan het gebeurtenis waaruit de schade voortvloeit daadwerkelijk in zijn bewustzijn leefde.⁸⁵ Uit het arrest Maasman/Akzo Nobel volgt dat van een dergelijke situatie alleen gesproken kan worden, als sprake is geweest van een zodanig gevaarlijke gedraging dat Maasman onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk beseftte dat hij zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar had behoren te onthouden.⁸⁶ Volgens deze definitie van bewuste roekeloosheid kunnen de volgende drie vereisten worden onderscheiden:

- i) De objectieve component: er is sprake van een aanmerkelijke kans op schade.
- ii) De subjectieve component: de werknemer is zich direct voorafgaand aan zijn gedraging van deze aanmerkelijke kans daadwerkelijk bewust geweest.
- iii) De werknemer had zich in verband met de aanmerkelijke kans op schade van zijn gedraging moeten onthouden en heeft dat niet gedaan.

81. HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81, m.nt. Scholten (Heesters/Schenkelaars).

82. HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 543 m.nt. Stein (Debrot); HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 606 (Posthumus/Terpstra).

83. HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 551, m.nt. Rutten (De Bont/Zuid-Ooster).

84. HR 14 oktober 2005, *JAR* 2005, 271 (City Tax/De Boer).

85. HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. Stein (Pollemans/Hoondert).

86. HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel).

Het verschil tussen grove schuld en ernstig verwijt enerzijds en bewuste roekeloosheid anderzijds lijkt vooral te zijn gelegen in de subjectieve component. De vraag rijst of de toevoeging van die component ook is wat de wetgever heeft beoogd. Op basis van de bevindingen uit de parlementaire geschiedenis lijkt dat niet het geval.

In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:658 BW wordt teruggevallen op de toelichting bij artikel 7.10.4.2 lid 2 Voorontwerp Boek 7 BW.⁸⁷ Hieruit lijkt te volgen dat de wetgever niet heeft beoogd aan opzet of bewuste roekeloosheid een andere betekenis toe te kennen dan aan grove schuld. De wetgever was nog duidelijker over de verhouding tussen opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:661 BW en het begrip ernstig verwijt. Volgens de wetgever bestond tussen beide criteria in wezen geen verschil.⁸⁸

Het is dus de vraag waarom de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de schuldbegrippen grove schuld en ernstig verwijt – die een zware maar naar zuiver objectieve maatstaven vast te stellen vorm van schuld behelsden – met de introductie van opzet of bewuste roekeloosheid verder moesten worden verzaamd door hieraan een subjectief element toe te voegen. Een aanwijzing daarvoor vormt het arrest *Nebem/Morsink*.⁸⁹ In dit arrest geeft de Hoge Raad aan dat er sinds het arrest *Heesters/Schenkelaars* sprake is van een ‘rechtsontwikkeling’ die aanleiding geeft voor een ‘scherpere begrenzing van het begrip grove schuld’. De rechtsontwikkeling waarnaar de Hoge Raad in dit verband verwijst is enerzijds het ontwerp van (thans) artikel 7:658 BW en anderzijds de introductie van artikel 6:170 lid 3 BW. In beide artikelen werd het criterium opzet of bewuste roekeloosheid gehanteerd. Aangezien de Hoge Raad spreekt over een scherpere begrenzing, is hij er kennelijk vanuit gegaan dat de wetgever met het begrip opzet of bewuste roekeloosheid een beperkter criterium voor ogen had dan de bestaande begrippen grove schuld en ernstig verwijt.

We hebben in dit hoofdstuk vastgesteld dat het doel van de wetgever niet gericht lijkt te zijn geweest op een scherpere begrenzing van de bestaande schuldbegrippen, maar juist op een – in materiële zin – handhaving van de bestaande begrippen. Het lijkt er daarom op dat de Hoge Raad op basis van een onjuist beeld van de parlementaire geschiedenis heeft geoordeeld dat opzet of bewuste roekeloosheid een nog beperktere reikwijdte moet krijgen en hij in het arrest *Pollemans/Hoondert* op dat onjuist uitgangspunt heeft voortgebouwd.

87. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 2, p. 39 en 41 in onderlinge samenhang met *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 6, p. 169 en F.J. De Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1053.

88. *Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, nr. 8, p. 27-28.

89. HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 m.nt. Stein. (*Nebem/Morsink*).

2.6 OPZET OF BEWUSTE ROEKeloosHEID IN DE LAGERE JURISPRUDENTIE

2.6.1 *Inleiding*

Nu hiervoor is geconstateerd dat de Hoge Raad naar het schijnt een beperktere uitleg aan opzet of bewuste roekeloosheid heeft gegeven dan de wetgever heeft beoogd, rijst de vraag hoe het criterium in de lagere rechtspraak wordt toegepast. Om dit in kaart te brengen is alle lagere rechtspraak beoordeeld sinds de Hoge Raad het arrest Pollemans/Hoondert heeft gewezen.⁹⁰ Het onderzoek beoogt in kaart te brengen op welke wijze de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid in de lagere rechtspraak worden uitgelegd. In het bijzonder is beoogd te onderzoeken of lagere rechtspraak een lichte, dan wel zware gradatie van schuld hanteert en voorts of de lagere rechtspraak kiest voor een objectieve uitleg of voor een subjectieve uitleg.

In het onderzoek zijn alleen uitspraken betrokken waarin (in meer of mindere mate) een inhoudelijke overweging aan het begrip opzet of bewuste roekeloosheid is gewijd. Dit betekent dat uitspraken waarin overwegingen zijn opgenomen als: *“gesteld noch anderszins gebleken dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid”* of *“tussen partijen is niet in geschil dat geen sprake is van bewuste roekeloosheid”* buiten beschouwing zijn gelaten. Hetzelfde geldt voor uitspraken waarin de rechter zich beperkt tot enkel het oordeel dat geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, zonder dit nader inhoudelijk te motiveren. Onder die categorie vallen ook uitspraken waarin de kantonrechter weliswaar een feitelijke stelling van de werkgever aanhaalt, maar oordeelt dat die stelling geen opzet of bewuste roekeloosheid oplevert, zonder dit te onderbouwen. Een voorbeeld van een dergelijke overweging is: *“De werkgever heeft gesteld dat de werknemer (...). Dit enkele feit levert nog geen opzet of bewuste roekeloosheid op”*. Tot slot zijn buiten beschouwing gelaten de uitspraken waarin de rechter weliswaar overging tot een gemotiveerde beoordeling van de vraag of sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid, maar waarin de door de werkgever gestelde feiten niet zijn komen vast te staan. Hierdoor werd namelijk niet toegekomen aan de vraag of deze feiten opzet of bewuste roekeloosheid opleverden.

De classificatie van een uitspraak zegt in beginsel niets over de vraag of de werkgever met zijn beroep op opzet of bewuste roekeloosheid succes heeft gehad. Er zijn uitspraken waarin de rechter heeft getoetst aan een subjectief criterium en

90. Beoogd is een uitputtend onderzoek te doen naar alle jurisprudentie die is gepubliceerd op Rechtspraak.nl tot 1 januari 2018. Er is geen onderzoek gedaan naar niet-gepubliceerde rechtspraak. In beginsel wordt verwezen naar de ECLI-nummers van de aangehaalde uitspraken. In het geval een uitspraak ook is gepubliceerd in een arbeidsrechtelijk jurisprudentieblad, wordt in plaats van het ECLI-nummer verwezen naar de vindplaats in het betreffende blad.

waarin toch de aanwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid werd aangenomen. Andersom zijn er uitspraken waarin enkel aan een objectieve maatstaf werd getoetst, maar waarin de rechter toch het beroep op opzet of bewuste roekeloosheid afwees (bijvoorbeeld omdat het door de werkgever aan de werknemer gemaakte verwijt volgens de rechter onvoldoende zwaarwegend was). Er zijn voorts uitspraken waarin de rechter het beroep op opzet of bewuste roekeloosheid afwees, maar in een rechtsoverweging terzijde een oordeel gaf over de feiten die volgens de rechter hadden moeten komen vast te staan, alvorens hij tot een ander oordeel had kunnen komen.

Voor het onderscheid tussen een objectieve en subjectieve uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid is het doorslaggevende criterium geweest of de rechter in zijn motivering heeft laten blijken dat hij heeft getoetst of de werknemer zich *daadwerkelijk* bewust was van zijn roekeloze gedraging. Het oordeel dat de werknemer zich gelet op de (objectieve) feiten wel bewust *moet zijn geweest* van zijn roekeloze gedraging, is geclassificeerd als een objectieve uitleg, omdat een oordeel over het daadwerkelijke bewustzijn van de werknemer achterwege is gelaten. Hetzelfde geldt voor uitspraken waarin de rechter weliswaar het criterium van de Hoge Raad citeert – inclusief het vereiste daadwerkelijke bewustzijn – maar waarna de rechter op geen enkele wijze ervan blijk geeft ook daadwerkelijk aan dat criterium te toetsen. Tot slot zijn ook uitspraken waarin de rechter opzet of bewuste roekeloosheid van de hand wijst geclassificeerd als een objectief oordeel, als de rechter in een overweging terzijde heeft aangegeven welke feiten hadden moeten komen vast te staan voor het oordeel dat wel sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid, als die feiten niet van een subjectieve uitleg getuigden.

In het onderzoek is de uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:558 BW, artikelen 7:661 en 6:170 BW en artikel 7:611 BW afzonderlijk onderzocht. Gebleken is dat rechters in alle gevallen uitgaan van een verzwaarde gradatie van schuld. De bevindingen met betrekking tot de vraag of de rechter een subjectieve dan wel objectieve maatstaf hanteerde zijn weergegeven in tabel 2.1. Deze bevindingen zullen in de hiernavolgende paragrafen worden besproken.

Tabel 2.1

	Totaal uit- spraken	Waarvan sub- jectief	Waarvan objec- tief
Opzet of bewuste roekeloosheid ex artikel 7:658 BW	59 (100%)	45 (76%)	14 (24%)
Opzet of bewuste roekeloosheid ex artikel 7:661 en 6:170 BW	74 (100%)	51 (69%)	23 (31%)
Opzet of bewuste roekeloosheid ex artikel 7:611 BW	5 (100%)	3 (50%)	2 (50%)

2.6.2 *Lagere jurisprudentie over artikel 7:658 BW*

In het kader van artikel 7:658 BW is in de lagere rechtspraak in totaal in 59 uitspraken een inhoudelijk oordeel gegeven over de vraag of sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid. In 45 uitspraken werd bij de beoordeling van opzet of bewuste roekeloosheid een subjectief criterium gehanteerd.⁹¹ In de meeste gevallen concentreerde de rechter zich op de vraag of is komen vast te staan dat het roeke-

91. Rb. Middelburg 15 april 1998, *JAR* 1998/221; Ktr. Deventer 19 augustus 1999, *JAR* 2000/33; Rb. Maastricht 27 juni 2002, *ECLI:NL:RBMAA:2002:AE4833*; Hof Leeuwarden 12 januari 2005, *ECLI:NL:GHLEE:2005:AS2301*; Ktr. Groningen 4 oktober 2006, *ECLI:NL:RBGRO:2006:BA1432*; Hof Leeuwarden 22 november 2006, *ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ2853*; Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2007, *JAR* 2007/226; Hof Leeuwarden 10 oktober 2007, *JAR* 2007/282; Rb. Zutphen 7 november 2007, *ECLI:NL:RBZUT:2007:BC0982*; Ktr. Rotterdam 6 december 2007, *ECLI:NL:RBROT:2007:BO6020*; Hof Amsterdam 18 december 2007, *ECLI:NL:GHAMS:2007:BC5387*; Ktr. Sittard-Geleen 9 april 2008, *JAR* 2008/136; Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, *ECLI:NL:GHSHE:2008:BV1926*; Hof 's-Gravenhage 7 april 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BN5995*; Hof 's-Gravenhage 25 mei 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ3482*; Hof Amsterdam 16 juni 2009, *ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ5384*; Hof Amsterdam 30 juni 2009, *ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4384*; Rb. Utrecht 25 april 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2963*; Ktr. Utrecht 19 mei 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BM4648*; Hof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4190*; Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *ECLI:NL:GHSHE:2010:BP8468*; Hof 's-Gravenhage 16 november 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BO8014*; Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2010, *ECLI:NL:GHSHE:2010:BO4772*; Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2010, *ECLI:NL:GHSHE:2010:BX5586*; Hof Arnhem 29 maart 2011, *ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0703*; Hof Amsterdam 27 november 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7363*; Ktr. Bergen op Zoom 4 januari 2012, *RAR* 2012/58; Ktr. Assen 31 januari 2012, *ECLI:NL:RBASS:2012:BV7396*; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 maart 2012, *RAR* 2012/88; Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2012, *ECLI:NL:GHSHE:2012:BW3205*; Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2012, *JAR* 2012/204; Ktr. Leeuwarden 2 oktober 2012, *ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0862*; Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, *JAR* 2013/139; Hof Amsterdam 15 oktober 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:5018*; Hof Amsterdam 15 oktober 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:4994*; Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2014, *JAR* 2015/113; Ktr. Arnhem 12 februari 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:1966*; Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:1634*; Ktr. Eindhoven 31 oktober 2014, *JAR* 2014/287; Ktr. Rotterdam 8 mei 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6240*; Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2016, *JAR* 2016/162; Hof Den Haag 19 juli 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:2030*; Ktr. 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, *ECLI:NL:RBOBR:2017:5058*; Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2017, *ECLI:NL:GHSHE:2017:4431*.

loze karakter van een gedraging van de werknemer direct voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk in het bewustzijn van de werknemer leefde. Doorgaans volstaat de rechter met de opmerking dat de door de werkgever aangevoerde feiten – zelfs als deze zouden komen vast te staan – die conclusie niet kunnen dragen.⁹²

In enkele gevallen wijdt de rechter een korte overweging aan de omstandigheden die een contra-indicatie vormen ten aanzien van de vraag of de werknemer zich daadwerkelijk van het roekeloze karakter van de gedraging bewust is geweest. Zo moest Hof 's-Hertogenbosch oordelen in een zaak waarin een vrachtwagenchauffeur een fout had gemaakt bij de bevestiging van een aggregaat aan een deel van een machine, waarna het aggregaat op de chauffeur is gevallen.⁹³ Het hof oordeelde dat het beroep op bewuste roekeloosheid reeds moest falen, omdat was komen vast te staan dat de chauffeur vanuit zijn positie had waargenomen dat het aggregaat op correcte wijze aan de machine was bevestigd, maar hij niet had kunnen zien of de bouten, waarmee het aggregaat aan de machine vastzat goed bevestigd waren.

In 14 uitspraken hanteerde de rechter een objectief criterium.⁹⁴ Zo moest de Kantonrechter Harderwijk oordelen over een zaak waarin de werknemer op de trekhaak van een zogeheten reachtruck was gesprongen om mee te rijden naar het magazijn van de werkgever.⁹⁵ Toen de trekhaak van de reachtruck in botsing kwam met een heftruck, raakte de voet van de werknemer beknelde. De kantonrechter oordeelde dat de werknemer niet had gesteld en ook anderszins niet was gebleken dat hij zich er niet van bewust is geweest dat het meerijden, staande op de trekhaak van een reachtruck, een gevaarvolle bezigheid is. Om die reden moest het er volgens de kantonrechter voor gehouden worden dat de werknemer bewust roekeloos had gehandeld.

92. Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 15 april 1998, *JAR* 1998/221; Ktr. Deventer 19 augustus 1999, *JAR* 2000/33; Ktr. Sittard-Geleen 9 april 2008, *JAR* 2008/136; Hof Leeuwarden 14 mei 2008, *JAR* 2008/165; Hof Amsterdam 16 juni 2009, *ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ5384*; Hof Amsterdam 30 juni 2009, *ECLI:NL:GHAMS:BK4384*; Hof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4190*; Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2012, *ECLI:NL:GHSHE:2012:BW3205*; Ktr. Eindhoven 31 oktober 2014, *JAR* 2014/287; Ktr. Rotterdam 6 mei 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6240*; Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:3167*.

93. Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2012, *JAR* 2012/204.

94. Ktr. Harderwijk 11 november 1998, *Prg.* 1999, 5115; Ktr. Haarlem 16 augustus 2000, *Prg.* 2001, 5614; Hof 's-Gravenhage 25 juli 2003, *Prg.* 2004, 6298; Ktr. Rotterdam 25 augustus 2004, *JAR* 2004/253; Hof Arnhem 18 oktober 2005, *ECLI:NL:GHARN:2005:AU5876*; Rb. Dordrecht 27 oktober 2005, *JAR* 2005/256, m.nt. Vegter; Hof 's-Gravenhage 9 februari 2007, *ECLI:NL:GHSGH:2007:BA1606*; Ktr. Maastricht 9 april 2008, *JAR* 2008/136; Hof Leeuwarden 14 mei 2008, *JAR* 2008/101; Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, *JAR* 2008/125; Rb. 's-Gravenhage 10 december 2008, *ECLI:NL:RBSGR:2008:BH5031*; Ktr. Lelystad 4 maart 2009, *ECLI:NL:RBZLY:2009:BH7627*; Ktr. Nijmegen 28 juni 2013, *ECLI:NL:RBGEL:2013:4728*; Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:2023*.

95. Ktr. Harderwijk 11 november 1998, *Prg.* 1999, 5115.

Kantonrechter Haarlem moest oordelen over een geval waarin een tractor over de benen van een werknemer was gereden.⁹⁶ Door verklaringen van diverse getuigen was komen vast te staan dat de werknemer de tractor op een zeer onzorgvuldige wijze had bestuurd. Op basis van de vastgestelde toedracht van het ongeval was de kantonrechter van oordeel dat de werknemer bewust roekeloos had gehandeld. De werknemer had namelijk zelf ter comparitie gesteld dat de wijze waarop hij de tractor had bediend niet mogelijk was. De werknemer moest zich daarom bewust zijn geweest van de risico's die een dergelijke bediening van de tractor met zich brachten.

Kantonrechter Rotterdam oordeelde dat sprake was van bewuste roekeloosheid in een geval waarin een sociotherapeut/groepsleider tijdens een sportactiviteit van jongeren met psychische en gedragsproblemen hard door een bal werd geraakt, toen hij één van de deelnemers aan de kant van het veld toesprak.⁹⁷ De kantonrechter oordeelde dat sprake was van bewuste roekeloosheid. De werknemer was zich van de risico's van zijn handelen bewust, gelet op de door hem gemaakte keuzes. Daarmee doelde de kantonrechter op het feit dat de werknemer niet op de bal heeft gelet, er geen dringende noodzaak was om de deelnemer langs de kant toe te spreken en de werknemer bovendien de sportzaal had kunnen verlaten.

Hof 's-Gravenhage oordeelde dat sprake was van bewust roekeloos handelen in een geval waarin de werknemer op een bedrijfsterrein waar gebruik werd gemaakt van een kraan met een takel voor zijn plezier de aan de takel vastgemaakte stropen had gegrepen, met de bedoeling zich een stukje mee omhoog te laten hijsen.⁹⁸ Dit 'kraanspel' werd op de betreffende werkplaats kennelijk vaker uitgevoerd. Op een dag ging dit mis en is de werknemer van een hoogte van 13 meter naar beneden gevallen en heeft daarbij ernstig letsel opgelopen. Het hof oordeelde dat sprake was van bewuste roekeloosheid, omdat de werknemer zich direct voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust moet zijn geweest van het roekeloze karakter van zijn gedrag. Hij wist dat 'het kraanspel' verboden/heimelijk was. De collega's speelden 'het kraanspel' nooit als leidinggevenden daarbij aanwezig waren. De werknemer had 'het kraanspel' bovendien niet eerder boven een harde ondergrond 'gespeeld'. Hoewel collega's nog "loslaten!" naar hem riepen, bleef de werknemer toch de stropen vasthouden.

2.6.3 *Lagere jurisprudentie over artikel 7:661 en 6:170 BW*

De rechter heeft in het kader van artikel 7:661 BW en 6:170 BW in totaal in 74 uitspraken een inhoudelijk oordeel gegeven over de vraag of sprake was van opzet of

96. Ktr. Haarlem 16 augustus 2000, Prg. 2001, 5614.

97. Ktr. Rotterdam 25 augustus 2004, JAR 2004/253.

98. Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, JA 2008/125.

bewuste roekeloosheid. In 51 uitspraken werd bij de beoordeling van opzet of bewuste roekeloosheid een subjectief criterium gehanteerd.⁹⁹ Evenals bij de toets in het kader van artikel 7:658 BW concentreerde de rechter zich in de meeste gevallen op de vraag of was komen vast te staan dat het roekeloze karakter van een gedraging van de werknemer direct voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk in het bewustzijn van de werknemer leefde. Doorgaans volstond de rechter ook hier met de opmerking dat de door de werkgever aangevoerde feiten die conclusie niet konden dragen.¹⁰⁰

Een zaak waarin vrij uitvoerig aan de maatstaf van de Hoge Raad werd getoetst betreft een kwestie die in 2016 aan Hof 's-Hertogenbosch werd voorgelegd.¹⁰¹ Hierin was de vraag aan de orde of de werknemer, werkzaam als Manager Regis-

99. Rb 's-Hertogenbosch 13 oktober 2000, *JAR* 2000/258; Hof 's-Hertogenbosch 6 april 2004, *ECLI:NL:GHSHE:2004:AO9759*; Ktr. Zwolle 14 september 2004, *RAR* 2005/12; Ktr. Tiel 15 maart 2006, *RAR* 2006/90; Hof Amsterdam 16 november 2006, *RAR* 2007/63; Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ8035*; Hof Arnhem 20 februari 2007, *ECLI:NL:GHARN:2007:BA6120*; Ktr. Rotterdam 6 december 2006, *ECLI:NL:RBROT:2007:BO6020*; Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2008, *ECLI:NL:GHSHE:2008:BC6601*; Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2008, *ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2158*; Ktr. Zwolle 19 april 2009, *ECLI:NL:RBZLY:2009:BI1572*; Hof 's-Gravenhage 19 mei 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BI6305*; Hof 's-Gravenhage 26 mei 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BI6241*; Ktr. Delft 10 oktober 2009, *JAR* 2010/76; Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2010, *JAR* 2011/188; Ktr. Zwolle 23 november 2010, *ECLI:NL:RBZLY:2010:BP7931*; Rb. Arnhem 11 mei 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BQ5819*; Ktr. Utrecht 1 juni 2011, *Prg.* 2011/189; Ktr. Alkmaar 16 november 2011, *ECLI:NL:RBALK:2011:BU6797*; Hof Arnhem 31 januari 2012, *JAR* 2012/67; Rb. Almelo 8 februari 2012, *ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132*; Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2012, *JAR* 2013/175, m.nt. Buijs; Rb. 's-Hertogenbosch 14 november 2012, *ECLI:NL:RBSHE:2012:BY3006*; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BY9270*; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4789*; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:164*; Rb. Limburg 19 januari 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:742*; Rb. Midden-Nederland 19 februari 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:457*; Ktr. Hoorn 3 maart 2014, *ECLI:NL:RBNHO:2014:9383*; Ktr. Rotterdam 28 maart 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2863*; Hof Amsterdam 6 mei 2014, *RAR* 2015/4; Hof Den Haag 27 mei 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:2187*; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, *RAR* 2015/6; Ktr. Leeuwarden 16 september 2014, *RAR* 2015/21; Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:4118*; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 oktober 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:7854*; Ktr. Maastricht 10 december 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:10710*; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, *ECLI:NL:GHARL:2015:1908*; Hof Den Haag 8 september 2015, *RAR* 2016/5; Ktr. Utrecht 4 november 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:7808*; Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:636*; Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:1718*; Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2016, *JAR* 2018/164; Ktr. Utrecht 28 december 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:7268*; Ktr. Maastricht 4 april 2017, *ECLI:NL:RBLIM:2017:3054*; Ktr. Utrecht 31 augustus 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:4914*; Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, *ECLI:NL:GHSHE:2017:5518*; Ktr. Almere 31 januari 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:247*; Ktr. Utrecht 30 april 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:1871*; Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2018, *JAR* 2018/164; Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:2366*.

100. Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 1 juni 2011, *Prg.* 2011, 189; Ktr. Venlo 8 februari 2012, *Prg.* 2012, 100; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BY9270*; Ktr. Hoorn 3 maart 2014, *ECLI:NL:RBNHO:2014:9383*; Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:4118*; Ktr. Maastricht 10 december 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:10710*.

101. Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2016, *JAR* 2018/164.

tergoederen, voor eigen gewin percelen had verkocht voor een veel te lage prijs. Het hof oordeelde dat voor opzet was vereist dat de werknemer met zijn handelen heeft beoogd de werkgever te benadelen (oogmerk), dan wel heeft gehandeld, wetende dat zijn handelen met zekerheid zou leiden tot schade voor de werkgever (zekerheidsbewustzijn). Voor bewust roekeloos handelen in de zin van artikel 7:661 lid 1 BW was vereist dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het hem verweten handelen daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. In het concrete geval betekende dit dat voor het aannemen van bewuste roekeloosheid moest komen vast te staan, dat de werknemer zich er daadwerkelijk van bewust was dat zijn handelen onjuist was, dat hij niettemin desbewust de keuze heeft gemaakt om te handelen zoals hij heeft gedaan, en dat hij onmiddellijk voorafgaand aan zijn handelen daadwerkelijk besepte dat hij zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op schade had behoren te weerhouden. Het hof gaf de werkgever de opdracht te bewijzen dat hiervan bij de werknemer sprake was geweest, dan wel dat de werknemer met zijn handelen heeft beoogd de werkgever te benadelen, of heeft gehandeld wetende dat zijn handelen met zekerheid zou leiden tot schade voor de werkgever.

In het kader van artikel 7:661 BW wordt – in tegenstelling tot artikel 7:658 BW – met enige regelmaat geoordeeld dat sprake is van opzet (in plaats van bewuste roekeloosheid). Dat geldt in het bijzonder voor situaties waarin is komen vast te staan dat de werknemer frauduleus heeft gehandeld, als gevolg waarvan de werkgever schade heeft geleden.¹⁰² In die gevallen wordt geoordeeld dat de werknemer de werkgever opzettelijk, dan wel bewust roekeloos heeft benadeeld, met als gevolg dat de werknemer aansprakelijk is voor de door de werkgever geleden schade.

102. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage zp 's-Hertogenbosch 8 mei 2012, *JAR* 2013/175, m.nt. Buijs; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, *ECLI:NL:2013:BZ4789*; Ktr. Utrecht 28 december 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:7268*.

In 23 uitspraken toetste de rechter aan een objectief criterium.¹⁰³ Een opvallende uitspraak betreft een arrest van Hof Leeuwarden.¹⁰⁴ Hierin was de vraag aan de orde of een werknemer die met een snelheid van 161 km/u reed op een plaats waar een snelheid van 80 km/u is toegestaan, en daardoor een verkeersongeval veroorzaakte, opzettelijk of bewust roekeloos handelde. Het hof beantwoordde die vraag bevestigend. Daarbij is het hof echter niet nader ingegaan op de vraag of de werknemer zich direct voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. Dit blijkt ook uit de vervolgens door het hof aan de werkgever verstrekte bewijsopdracht, die luidde dat de werkgever behoorde te bewijzen dat de werknemer met een – gelet op de verkeerssituatie – zodanig hoge snelheid heeft gereden dat naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid dat de werknemer zich direct voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust moet zijn geweest van het roekeloze karakter van zijn rijgedrag. Daarmee heeft het hof (hoe bevredigend de uitkomst van de procedure wellicht ook moge zijn) niet de door de Hoge Raad voorgeschreven maatstaf toegepast.

Een andere zaak waarin de door de Hoge Raad voorgeschreven toets niet werd toegepast, betreft een kwestie die werd voorgelegd aan Hof Amsterdam.¹⁰⁵ In deze zaak ging het om een werknemer die voor zijn werkgever werkzaam was in de functie van bedrijfsleider van een winkel. Deze werknemer had tijdens zijn werkzaamheden een aantal zogenoemde sealbags uit de kluis gehaald, met daarin een bedrag van € 22.600,- aan contant geld en deze op een doos in zijn kantoor gelegd. Daarna is de werknemer klanten gaan helpen in zijn winkel, zonder eerst het kantoor af te sluiten. Vervolgens zijn alle sealbags met het daarin aanwezige geld gestolen. Evenals de kantonrechter in eerste aanleg oordeelde het hof dat sprake is van bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. Van de werknemer had als bedrijfsleider zonder meer mogen worden verwacht dat hij niet de buiten-

103. Rb. Groningen 27 juni 2003, *ECLI:NL:RBGRO:2003:AH9008*; Rb. Arnhem 22 oktober 2003, *ECLI:NL:RBARN:2003:AN7963*; Ktr. Zwolle 9 augustus 2005, *RAR* 2005/109; Hof 's-Gravenhage 12 mei 2006, *JAR* 2006/137; Ktr. Haarlem 24 januari 2007, *ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ7482*; Ktr. Haarlem 28 maart 2007, *JAR* 2007/103; Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2007, *JAR* 2007/159; Ktr. Bergen op Zoom 21 juli 2010, *ECLI:NL:RBBRE:2010:BN2159*; Ktr. Groningen 6 januari 2011, *ECLI:NL:RBGRO:2011:BU8426*; Ktr. Lelystad 31 augustus 2011, *ECLI:NL:RBZLY:2011:BR6385*; Ktr. Groningen 27 oktober 2011, *ECLI:NL:RBGRO:2011:BU8427*; Hof Leeuwarden 5 juni 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8369*; Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3850*; Hof Amsterdam 26 februari 2013, *JAR* 2013/121, m.nt. Vegter; Rb. Noord-Holland 26 maart 2014, *ECLI:NL:RBNHO:2014:4026*; Ktr. Roermond 9 april 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:9794*; Hof Amsterdam 26 mei 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2015:2038*; Ktr. Almere 1 augustus 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:4844*; Ktr. Utrecht 18 januari 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:308*; Rb. Den Haag 7 juni 2017, *ECLI:NL:RBDHA:2017:6067*; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2017, *ECLI:NL:GHARL:2017:8790*; Ktr. Arnhem 20 november 2017, *RAR* 2018/55; Ktr. Alkmaar 21 maart 2018, *ECLI:NL:RBNHO:2018:2145*.

104. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3850*.

105. Hof Amsterdam 26 februari 2013, *JAR* 2013/121, m.nt. Vegter. Zie ook D.J. Buijs, 'Werknemersaansprakelijkheid op het scherpst van de snede', *TRA* 2013/59.

gewoon onzorgvuldig handeling verrichtte door vijf sealbags met een aanzienlijke geldinhoud buiten de kluis te laten en deze onbewaakt in zijn kantoor achter te laten. Van bewust roekeloos handelen was volgens het hof sprake, omdat de werknemer geen omstandigheden had aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat zijn aandacht zodanig afgeleid is geweest en/of dat hij zich om andere redenen niet ten volle heeft gerealiseerd dat de aanzienlijke kans bestond dat de geldzakken zouden worden weggenomen. Daarbij nam het hof tevens in aanmerking dat het kennelijk al meerdere malen was voorgekomen dat de winkels van de werkgever waren gestolen en er geen beveiliging aanwezig was. Ook hier geldt dat de gedragingen van de werknemer ontegenzeggelijk uiterst onzorgvuldig waren – en de uitkomst van de procedure in dat licht wellicht bevredigend is – maar dat het hof ten onrechte geen oordeel heeft gegeven over het bewustzijn van de werknemer direct voorafgaand aan het verlaten van zijn kantoorruimte.

2.6.4 *Lagere jurisprudentie over artikel 7:611 BW*

Het aantal gevallen waarin de rechter in het kader van artikel 7:611 BW een inhoudelijk oordeel heeft moeten geven over de vraag of sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer is beperkt tot slechts vijf uitspraken. In drie gevallen werd een subjectief criterium gehanteerd.¹⁰⁶ In twee gevallen werd een objectief criterium gehanteerd.¹⁰⁷ Gelet op dit beperkte aantal is het moeilijk op basis hiervan conclusies te trekken.

Wel is het opvallend dat in het kader van artikel 7:611 BW (in zaken waarin sprake is van een door de werknemer veroorzaakt verkeersongeval) de rechter in een aantal gevallen heeft geoordeeld dat de werknemer onvoldoende heeft gesteld om de stelling van de werkgever dat sprake was van bewuste roekeloosheid gemotiveerd te betwisten. Zo moest de kantonrechter te Rotterdam oordelen over een situatie waarin de werknemer een verkeersongeval was overkomen toen hij 20-30 km/u te hard reed en bovendien onder invloed was van alcohol.¹⁰⁸ De kantonrechter oordeelde dat de werknemer een ernstig verwijt viel te maken. Er kon gezien de te hoge snelheid waarmee de werknemer reed en het feit dat hij onder invloed was van alcohol geen redelijke twijfel aan bestaan dat de werknemer zich van de gevaren van zijn gedrag bewust was geweest. Volgens de rechter was bovendien gesteld noch gebleken is dat de werknemer zich niet van de gevaren van zijn gedrag bewust is geweest. Ook de Kantonrechter Middelburg oordeelde dat de

106. Ktr. Roermond 25 juni 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:5612*; Rb. Rotterdam 5 maart 2018, *ECLI:NL:RBROT:2018:2504*; Ktr. Middelburg 25 juli 2011, *ECLI:NL:RBMID:2011:BW2173*.

107. Ktr. Rotterdam 19 mei 2004, *JAR* 2005/7; Hof Arnhem 18 oktober 2005, *ECLI:NL:GHARN:2005:AU5876*.

108. Ktr. Rotterdam 19 mei 2004, *JAR* 2005/7.

werknemer onvoldoende had gesteld om de stelling van de werkgever dat sprake was van bewust roekeloos handelen gemotiveerd te betwisten.¹⁰⁹ De werknemer was met zijn auto door een rood verkeerslicht gereden, met een aanrijding als gevolg. De kantonrechter overwoog dat het een feit van algemene bekendheid is dat het gevaar oplevert als men ondanks een rood verkeerslicht een kruising oprijdt. In combinatie met het feit dat de werknemer op het laatste moment alsnog krachtig remde, kwam de kantonrechter tot de conclusie dat uit het rijgedrag van de werknemer naar objectieve maatstaven kon worden afgeleid dat de werknemer zich van dit gevaar bewust was. Het lag onder die omstandigheid op de weg van de werknemer om feiten en omstandigheden te stellen die een zodanig bewustzijn kunnen ontzenuwen. Aan die stelplicht had de werknemer volgens de kantonrechter niet voldaan.

2.6.5 *Conclusie*

De conclusie op basis van het bovenstaande onderzoek luidt dat in de meerderheid van de gevallen, namelijk 76% in het kader van artikel 7:658 BW en 69% in het kader van artikel 7:661 BW, het door de Hoge Raad voorgeschreven subjectieve toetsingscriterium wordt gehanteerd. In een aanzienlijk deel van de gevallen, namelijk 24% in het kader van artikel 7:658 BW en 31% in het kader van artikel 7:661 BW, wordt een objectief criterium gehanteerd. De uitspraken in het kader van artikel 7:611 BW waren te gering in aantal om op basis daarvan een conclusie te trekken.

2.7 OPZET IN ARTIKEL 7:629 BW

2.7.1 *Historische en juridische achtergrond*

De oorsprong van de loondoorbetalingsplicht bij arbeidsongeschiktheid door ziekte van de werknemer kan worden teruggevoerd op de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1907.¹¹⁰ Deze wet voegde aan het Burgerlijk Wetboek artikel 1638c toe, op grond waarvan de werknemer ‘voor een betrekkelijk korten tijd’ zijn recht op loondoorbetaling zou behouden, ‘wanneer hij ten gevolge van ziekte of ongeval verhinderd is geweest zijn arbeid te verrichten’. De werknemer had dit recht niet indien – onder andere – de ziekte of het ongeval ‘door zijn opzet of onzedelijkheid’ was veroorzaakt.

In het verslag van de Tweede Kamer werd reeds opgemerkt dat opzet in veel gevallen moeilijk te bewijzen zou zijn. Om die reden bepleitten sommige leden dat

109. Ktr. Middelburg 25 juli 2011, *ECLI:NL:RBMID:2011:BW2173*.

110. Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

tussen 'opzet' en 'onzedelijkheid' het criterium 'grove schuld' zou moeten worden opgenomen. De regering beaamde in de memorie van antwoord dat het in veel gevallen moeilijk zou zijn opzet te bewijzen, maar was tegen invoeging van het criterium grove schuld naast onzedelijkheid. Bij de regering bestond de vrees dat 'grove schuld' een te ruime strekking zou krijgen en dat geprocedeerd zou worden over situaties waarvoor de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting niet was bedoeld.¹¹¹

Jurisprudentie uit de eerste periode na de inwerkingtreding van artikel 1638c BW (oud) is bijzonder schaars. In een enkel geval werd door de kantonrechter geoordeeld dat een ongehuwde zwangere vrouw die haar zwangerschap voortijdig had onderbroken, de daaruit ontstane ziekte opzettelijk had veroorzaakt.¹¹² In een ander geval betrof het een werknemster die spataderen had laten verwijderen, terwijl zij van de spataderen geen nadeel ondervond bij het verrichten van haar werkzaamheden.¹¹³

Invoering Ziektewet

Toen in 1930 de Ziektewet in werking trad, had een werknemer die arbeidsongeschikt werd vanaf de aanvang van de arbeidsongeschiktheid in beginsel recht op ziekengeld. Het gevolg hiervan was dat zelfstandige procedures over de loondoorbetalingsverplichting gedurende 'betrekkelijk korten tijd' op grond van artikel 1638c (oud) BW nauwelijks meer werden gevoerd. Het belang hierbij ontbrak, omdat de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever als gevolg van de inwerkingtreding van de Ziektewet feitelijk in een aanvullingsverplichting op het ziekengeld veranderde.¹¹⁴ In artikel 51 (oud) Ziektewet was bepaald dat een verzekerde die de ziekte opzettelijk had veroorzaakt, geen recht had op een ziektewet-uitkering. De beslissing of de werknemer al dan niet recht had op ziekengeld werd genomen door de bedrijfsvereniging (de voorganger van – thans – het UWV). In de praktijk kon een werkgever zich bij de beslissing van de bedrijfsvereniging aansluiten.

Uit de periode vanaf 1930 tot de privatisering van de Ziektewet is slechts een beperkte hoeveelheid jurisprudentie beschikbaar over de vraag of het ziekengeld moest worden geweigerd, omdat de ziekte opzettelijk door de verzekerde was veroorzaakt. Uit de jurisprudentie die wel voorhanden is, blijkt dat de bedrijfsvereni-

111. A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907 (Staatsblad, n°. 193)*, tweede deel, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908, p. 451-455.

112. Ktr. Amsterdam 28 mei 1919, *Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst*, VII, p. 81.

113. Ktr. Amsterdam 6 september 1926, *Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst*, XIV, p. 84.

114. B. Hoogendijk, 'Opzettelijk veroorzaakte ziekte en belemmering of vertraging van de genezing na 1 maart 1996', *SR 1996/9*, p. 227-232.

ging in dat kader terughoudende opstelling koos. Het opzetcriterium moest volgens de bedrijfsverzekering zeer beperkt worden uitgelegd.

In een van de zeldzame uitspraken uit de genoemde periode ging het om een verzekerde die leed aan hermafroditisme en die op advies van een chirurg een operatie had ondergaan om deze aangeboren aandoening weg te nemen of de bezwaren daarvan te verminderen.¹¹⁵ Het Scheidsgerecht der Federatie van Bedrijfsverenigingen Amsterdam oordeelde in dit geval dat geen sprake kon zijn van het opzettelijk veroorzaken van ziekte, ook niet als de kans van slagen van de chirurgische behandeling zeer gering zou zijn. In het andere aangetroffen voorbeeld ging het om een werknemer die te lang op het strand had gezonnebaad, als gevolg waarvan hij zodanig was verbrand dat hij de volgende dag niet op het werk kon verschijnen.¹¹⁶ De Raad van Beroep oordeelde dat pas sprake kon zijn van opzettelijk veroorzaakte ziekte, indien 'het opzet (althans mede) was gericht op de ziekte'. Daarvan was in de onderhavige kwestie geen sprake. Dit kon volgens de Raad van Beroep (op zijn minst) eerst dan anders zijn, indien de werknemer 'de gevolgen van het zich blootstellen aan de inwerking der zonnestralen niet slechts had kunnen verwachten, maar mettertijd ook had verwacht, althans zich als mogelijk had voorgesteld en aanvaard'.

Privatisering van de Ziektewet

Gedurende de jaren '90 en begin jaren '00 is de Ziektewet stapsgewijs geprivatiseerd. Deze privatisering had tot gevolg dat het ziekengeld in beginsel niet meer uit algemene middelen werd bekostigd. Voor het ziekengeld kwam een loondoorbetalingsverplichting van de werkgever in de plaats. Deze omslag had een tweeledig doel. In de eerste plaats moesten de kosten voor inkomensvoorzieningen bij arbeidsongeschiktheid uit algemene middelen (op grond van de Ziektewet gedurende het eerste ziektejaar en de WAO vanaf het tweede ziektejaar) worden beperkt. Er werd gedurende de jaren '80 een buitensporig beroep gedaan op een arbeidsongeschiktheidsuitkering: het percentage ziekteverzuim steeg in deze periode tot boven de 6%. In de tweede plaats dienden werkgevers en werknemers zelf een grotere verantwoordelijkheid te nemen bij de voorkoming van arbeidsongeschiktheid en het bevorderen van een snelle re-integratie. Door middel van een financiële prikkel beoogde de wetgever het gedrag van werknemers en werkgevers te sturen.¹¹⁷

115. Scheidsgerecht der Federatie van Bedrijfsverenigingen Amsterdam 16 november 1936, ARB 1937, p. 156-157.

116. Raad van Beroep Amsterdam 20 februari 1936, ARB 1936, p. 247-248.

117. A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 422-424.

De eerste stap in het privatiseringsproces werd gezet met de Wet terugdringing ziekteverzuim (Wet TZ).¹¹⁸ Als gevolg van de Wet TZ kwam, afhankelijk van de grootte van het bedrijf van de werkgever, op hem een loondoorbetalingsverplichting te rusten gedurende een periode van twee tot zes weken. Na deze periode had de arbeidsongeschikte werknemer op grond van de Ziektewet recht op ziekgeld. De loondoorbetalingsverplichting bij arbeidsongeschiktheid werd met de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz I)¹¹⁹ uitgebreid tot maximaal 52 weken en vervolgens met de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (Wulbz II) uitgebreid tot 104 weken.¹²⁰ Bovendien heeft de wetgever door middel van de Wet verbetering poortwachter¹²¹ in het kader van de re-integratie zowel aan werkgevers als aan werknemers wederzijdse wettelijke verplichtingen opgelegd en sancties voorgeschreven die (kunnen) worden ingezet bij niet-naleving daarvan.

2.7.2 *Parlementaire geschiedenis*

Aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis van de hiervoor genoemde wetgeving over de betekenis van het opzetcriterium zijn beperkt. Bij de behandeling van de Wulbz I zijn door zowel de Tweede als de Eerste Kamer enkele vragen gesteld over de reikwijdte van het opzetcriterium in artikel 1638c lid 3 sub a BW (thans art. 7:629 lid 3 sub a BW). De leden van de SP-fractie in de Tweede Kamer vroegen de minister wat onder het begrip opzet moest worden verstaan en of daaronder ook arbeidsongeschiktheid als gevolg van voetballen in het weekend, of als gevolg van een wintersportvakantie zou vallen. Hierop antwoordde de minister als volgt:

“De zinsnede ‘de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt’ betekent dat de opzet van de arbeider gericht moet zijn op het veroorzaken van ziekte. Opzettelijk risicovol gedrag met als gevolg arbeidsongeschiktheid leidt niet tot verlies van het recht op loondoorbetaling.

De door de leden van de SP-fractie genoemde gevallen van arbeidsongeschiktheid als gevolg van voetballen in het weekend of als gevolg van een wintersportvakantie leiden in beginsel niet tot verlies van het recht op loondoorbetaling, tenzij deze sporten zijn uitgeoefend met het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen.”¹²²

In de Eerste Kamer werd door de D66-fractie aan de minister gevraagd hoe moest worden vastgesteld of sprake was van een geval als bedoeld in artikel 1638c lid 3 BW. Hierop antwoordde de minister:

118. Wet van 22 december 1993, *Stb.* 1993, 751.

119. Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 1996, 141.

120. Wet van 19 december 2003, *Stb.* 2003, 555.

121. Wet van 29 november 2001, *Stb.* 2001, 628.

122. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 74.

*“De vraag of sprake is van het opzettelijk veroorzaken van ziekte, of het door eigen toedoen belemmeren van de genezing, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Dit hangt af van de feiten en omstandigheden in het concrete geval. De weigering van ziekingeld door de bedrijfsvereniging in geval van opzet komt nauwelijks voor omdat het opzettelijk veroorzaken van ziekte zeldzaam is, en omdat het bewijs moeilijk is. Het moet in elk geval gaan om het willens en wetens veroorzaken van ziekte, niet om het enkele riskeren daarvan.”*¹²³

Met de privatisering van de Ziektewet kreeg de werkgever een groter belang bij de vraag of de werknemer zijn arbeidsongeschiktheid zelf had veroorzaakt. Artikel 7:629 lid 3 sub a BW vormt immers één van de weinige openingen voor de werkgever om aan zijn 104 weken durende loondoorbetalingsverplichting te ontkomen.¹²⁴ Dit heeft geleid tot een toename van de gepubliceerde jurisprudentie over de reikwijdte van het opzetcriterium. De bevindingen uit de lagere jurisprudentie over de reikwijdte van het opzetcriterium worden in de paragraaf 2.7.4 uiteengezet.

2.7.3 *Ratio van opzet in artikel 7:629 BW*

De ratio van opzet in artikel 7:629 BW hangt nauw samen met de economische afhankelijkheid van de werknemer ten opzichte van de (economisch doorgaans sterkere) werkgever. De werknemer is voor zijn inkomsten in beginsel afhankelijk van het loon dat hij voor zijn arbeid ontvangt, ook als hij arbeidsongeschikt is en de bedongen werkzaamheden niet meer kan verrichten. Het zou vanuit maatschappelijk oogpunt ongewenst zijn als de werknemer al te snel (door eigen fouten) van inkomen verstoken zou blijven. Om die reden is er in de Wet op de arbeidsovereenkomst voor gekozen om in artikel 1638c BW (oud) het criterium opzet te hanteren. Om dezelfde reden is dat criterium ook in de Ziektewet opgenomen.

Hiervoor is toegelicht dat artikel 7:629 BW in zijn huidige vorm nauw verbonden is met de sociaalverzekeringsrechtelijke voorgeschiedenis van deze bepaling. Dit betekent dat ook de ratio van het regime uit artikel 7:629 BW, inclusief de uitzondering in geval van opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, niet los kan worden gezien van deze achtergrond. Waar eerst de werknemer wettelijk verzekerd was, heeft de werkgever de positie van de sociale verzekeringsinstantie sinds de privatisering van de Ziektewet overgenomen. De belangrijkste redenen voor de (politieke) keuze om de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid voor rekening van de werkgever te laten komen en deze kosten niet sociaal te verzekeren waren

123. *Kamerstukken I 1995/96*, 24 439, nr. 134b, p. 48.

124. De duur van de loondoorbetalingsverplichting kan op grond van artikel 7:629 lid 11 BW bovendien met een periode van ten hoogste 26 weken worden verlengd, in het geval de werkgever kort gezegd tekort is geschoten in de naleving van zijn re-integratieverplichtingen.

enerzijds het maatschappelijke belang om kosten uit algemene middelen te beperken en anderzijds de werkgever te stimuleren bij te dragen aan een zo snel mogelijke re-integratie van de werknemer.

In het licht van dit samenstel van belangen is gekozen voor een stelsel waarin de werknemer het recht op loondoorbetaling slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag verliezen. Dit (morele) omslagpunt is in artikel 7:629 lid 3 sub a BW neergelegd bij het criterium 'opzet'.

2.7.4 *Uitleg in de jurisprudentie*

Aangezien de Hoge Raad zich tot op heden nog niet over de uitleg van het opzetbegrip in artikel 7:629 BW heeft uitgelaten, moet dit onderzoek worden beperkt tot de wijze waarop het criterium in de lagere rechtspraak wordt toegepast. Uitspraken hierover zijn relatief schaars. Om die reden zal hieronder een uitputtende behandeling volgen van de uitspraken waarin de rechter hierover een oordeel gaf vanaf de inwerkingtreding van de Wulbz I tot 1 januari 2019.

Cosmetische ingrepen

Bij nadere bestudering van de jurisprudentie over het opzetcriterium uit artikel 7:629 lid 3 sub a BW blijkt dat vrijwel steeds aandacht wordt besteed aan een aantal terugkerende specifieke thema's en de daaruit voortkomende vragen. Een van die thema's betreft de vraag of het vrijwillig ondergaan van een (medisch niet geïndiceerde) cosmetische ingreep (en de daaraan intrinsiek verbonden gezondheidsrisico's) opzet in de zin van artikel 7:629 BW oplevert, indien deze ingreep leidt tot arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Zo moest de kantonrechter te Leiden oordelen over de vraag of de werkgever gerechtigd was het loon van een mannelijke werknemer tijdens arbeidsongeschiktheid als gevolg van een sterilisatie niet door te betalen.¹²⁵ De werkgever had besloten om het loon van de werknemer uit principiële redenen niet door te betalen. Volgens de werkgever was de werknemer in beginsel volledig gezond en had de werknemer zelf (volgens de werkgever ter wille van zijn partner) besloten een operatie te ondergaan. De werkgever verzette zich ertegen dat zij voor de kosten van deze arbeidsongeschiktheid – op grond van de toepasselijke cao gelijk aan 100% van het bedongen loon – zou moeten opdraaien. De kantonrechter oordeelde dat noch de cao, noch de wet met betrekking tot de aard van de arbeidsongeschiktheid enig voorbehoud maakt. Voor zover de werkgever zich erop beriep dat de ziekte opzettelijk door de werknemer zou zijn veroorzaakt, oordeelde de kantonrechter dat onder opzet moet worden verstaan: het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen. Het oogmerk van de werknemer in casu was volgens de kantonrechter slechts sterilisatie en niet

125. Ktr. Leiden 18 augustus 1999, *JAR* 1999/199.

het teweegbrengen van arbeidsongeschiktheid. De loonvordering van de werknemer werd derhalve toegewezen.

Ook de kantonrechter te Maastricht moest oordelen over een zaak waarin de werknemer als gevolg van een cosmetische chirurgische ingreep arbeidsongeschikt werd.¹²⁶ De werkneemster in kwestie had deelgenomen aan het televisieprogramma *'Make me beautiful'*. De werkneemster zou in het kader van deze deelname enkele operaties ondergaan, waaronder een buikwandplastiek. Voor het ondergaan van deze ingreep heeft de werkneemster zes weken onbetaald verlof opgenomen. Na de ingreep traden echter complicaties op, waardoor de werkneemster vervolgens arbeidsongeschikt werd. De werkgever stelde zich op het standpunt dat op haar geen loondoorbetalingsverplichting rustte, omdat de werkneemster haar ziekte opzettelijk zou hebben veroorzaakt. Enerzijds was de werkgever van mening dat de cosmetische ingrepen niet medisch noodzakelijk waren (en het ondergaan van deze behandelingen dus de vrije keuze van de werkneemster was); anderzijds zou de werkneemster zich willens en wetens hebben blootgesteld aan de zekerheid dat arbeidsongeschiktheid direct na de ingrepen zou intreden. Bovendien zou zij het aanzienlijke risico op complicaties hebben geaccepteerd. Dit alles zou volgens de werkgever tot de slotsom moeten leiden dat de werkneemster haar ziekte opzettelijk had veroorzaakt. De kantonrechter oordeelde echter dat van opzet in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub a BW geen sprake was. Het enkele feit dat voor de betreffende operaties geen medische of psychische noodzaak zou hebben bestaan, hoefde de werkneemster er volgens de kantonrechter niet van te weerhouden om die operaties te ondergaan. Volgens de kantonrechter bleek bovendien uit niets dat de werkneemster rekening had moeten houden met de aanmerkelijke kans dat zij wegens ziekte arbeidsongeschikt zou worden. In ieder geval zouden niet voorziene en niet gewilde gevolgen van die operaties niet kunnen worden gekwalificeerd als opzettelijk veroorzaakt in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub a BW.

In de hiervoor besproken uitspraken heeft de kantonrechter het opzetcriterium uit artikel 7:629 lid 3 sub a BW zeer beperkt uitgelegd. Uit deze uitspraken volgt dat de aanwezigheid van een medische indicatie voor een behandeling niet van belang is voor het ontstaan van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever. De omvang van het medische risico dat met een dergelijke behandeling gepaard gaat, dan wel de mate waarin de werknemer met dat risico bekend was of had moeten zijn, zijn geen relevante factoren bij de beoordeling van de vraag of de arbeidsongeschiktheid opzettelijk door de werknemer is veroorzaakt. Volgens deze uiterst beperkte uitleg van het opzetcriterium kan alleen sprake zijn van opzet in de zin

126. Ktr. Maastricht 31 augustus 2005, *JAR* 2005/226.

van artikel 7:629 lid 3 sub a BW, als het opzet van de werknemer daadwerkelijk was gericht op arbeidsongeschiktheid.

De kantonrechter te Middelburg heeft in een tweetal vonnissen een andere doctrine ontwikkeld voor de wijze waarop met de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte in geval van medisch niet-geïndiceerde ingrepen moet worden omgegaan. De eerste zaak betrof een procedure ex artikel 96 Rv, waarin door werkgever en werknemer gezamenlijk een aantal vragen aan de kantonrechter waren voorgelegd.¹²⁷ Een van de vragen was, of bij de arbeidsongeschiktheid die het gevolg is van een cosmetische ingreep de ziekte opzettelijk door de werknemer wordt veroorzaakt en of hierbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen de dag van opname en de hersteldagen. De kantonrechter was van oordeel dat bij het ondergaan van een cosmetische ingreep inderdaad sprake is van opzet, als de werknemer zeker weet dat hij na de ingreep een bepaalde periode niet in staat zal zijn de bedongen arbeid te verrichten. Volgens de kantonrechter was er dan sprake van het zekerheidsbewustzijn van de werknemer, dat hij door ziekte verhinderd zou zijn de bedongen arbeid te verrichten gedurende de periode van herstel. Dit zekerheidsbewustzijn was naar het oordeel van de kantonrechter aan te merken als opzet. Een uitzondering op het opzet van de werknemer kon volgens de kantonrechter bestaan als er complicaties zouden optreden, die niet behoorden bij een normaal te verwachten herstel. Niet-voorziene en niet-gewilde gevolgen van de operaties konden naar het oordeel van de kantonrechter namelijk niet worden gekwalificeerd als opzettelijk veroorzaakt in de zin van art. 7:629 lid 3 BW. Verder overwoog de kantonrechter dat geen sprake was van opzet, als voor de cosmetische ingreep een 'medische noodzaak' bestond.

Over de vraag of in het concrete geval – het ging om een ooglidcorrectie – sprake was van een medische noodzaak, oordeelde de kantonrechter in een vervolguitspraak.¹²⁸ Die vraag lag volgens de kantonrechter in eerste instantie ter beoordeling voor aan de behandelend arts. De werknemer had in de procedure een brief overgelegd van de behandelend plastisch chirurg, waaruit bleek dat de huid van de bovenoogleden van de werkneemster op de wimpers lag en dat dit bij de werkneemster gepaard ging met klachten van vermoeidheid en gezichtsveldbeperking. Hieruit leidde de kantonrechter af dat de plastisch chirurg de ooglidcorrectie (mede) uit medisch oogpunt noodzakelijk achtte. De ziekte ten gevolge van de ooglidcorrectie was om die reden niet opzettelijk veroorzaakt.

127. Ktr. Middelburg 9 juli 2012, *JAR* 2012/217, m.nt. Kehrer-Bot.

128. Ktr. Middelburg 24 juni 2013, *JAR* 2013/189.

Risicovolle activiteiten

Een ander thema waaraan in de rechtspraak veel aandacht wordt besteed, betreft de vraag of het zich blootstellen aan risicovolle of blessuregevoelige activiteiten (bijvoorbeeld vechtsporten of een wintersportvakantie) opzet in de zin van artikel 7:629 BW oplevert, indien hieruit arbeidsongeschiktheid wegens ziekte voortvloeit. Zo werd bijvoorbeeld aan Hof Arnhem de zaak voorgelegd van een werknemer die in zijn vrije tijd de zaalvoetbalsport beoefende en als gevolg daarvan veelvuldig geblesseerd raakte.¹²⁹ De werknemer was hierdoor meermaals enige tijd arbeidsongeschikt geraakt. De werkgever had de werknemer hier meerdere keren op aangesproken. Toen de werknemer opnieuw arbeidsongeschikt raakte door een sportblessure, deelde de werkgever hem mede dat het loon tijdens de arbeidsongeschiktheid niet zou worden doorbetaald, omdat de arbeidsongeschiktheid opzettelijk zou zijn veroorzaakt. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis overwoog het hof, dat het enkele feit dat een werknemer zich blootstelt aan een risicovolle activiteit en daarmee aan de reële kans om wegens ziekte arbeidsongeschikt te raken, onvoldoende is om aan te nemen dat sprake is van opzet in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub a BW. Slechts wanneer deze sporten zijn uitgeoefend met het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen, leidt dit volgens het hof tot verlies van de aanspraak op loondoorbetaling als bedoeld in artikel 7:629 lid 1 BW.

In een geschil dat voorlag bij Hof Arnhem/Leeuwarden stelde de werkgever zich op het standpunt dat de werknemer opzettelijk arbeidsongeschikt was geworden omdat hij te veel risico had genomen bij het verbouwen van zijn huis.¹³⁰ De werknemer in kwestie was zwaar diabetespatiënt en moest om die reden rustig aan doen. Volgens de werkgever had de werknemer zich desondanks zodanig ingespannen, dat hij zijn eigen werkzaamheden als automonteur niet meer kon uitvoeren. Het hof oordeelde dat het opzet van de werknemer gericht moet zijn op het ziek worden en dat opzettelijk risicovol gedrag niet leidt tot verlies van het recht op loondoorbetaling. Indien het al zo zou zijn dat de werknemer door zijn verbouwactiviteiten het risico liep arbeidsongeschikt te raken, heft die omstandigheid de verplichting van de werkgever tot loondoorbetaling dus niet op.

Kantonrechter Sittard-Geleen moest oordelen over een zaak waarin de werknemer – een vlieginstructor – zonder toestemming van de werkgever een leerling had meegenomen op een vlucht.¹³¹ Toen de werkgever de werknemer hierop aansprak,

129. Hof Arnhem 27 juni 2006, *JAR* 2006/209. Tegen het arrest van het hof is beroep in cassatie ingesteld dat heeft geleid tot het arrest HR 14 maart 2008, *JAR* 2008/110 (Zutekouw/Van Oort). Tegen het oordeel van het hof dat de arbeidsongeschiktheid niet opzettelijk was veroorzaakt, is evenwel geen cassatiemiddel ingesteld.

130. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:10105*.

131. Ktr. Sittard-Geleen 20 juli 2009, *JAR* 2009/211.

werd de werknemer zó boos, dat hij met gebalde vuist tegen de muur sloeg, met als gevolg dat hij zijn middenhandsbeentje brak en daardoor enige tijd arbeidsongeschikt raakte. In het vervolgens door de werknemer gestarte kort geding, waarin de werknemer loondoorbetaling van de werkgever vorderde, kreeg de werknemer weinig sympathie van de kantonrechter. Naar het oordeel van de kantonrechter had de werknemer zichzelf in de situatie gebracht dat hij door een fysieke oorzaak gedurende een zekere periode geen productieve arbeid voor de werkgever kon verrichten. Volgens de kantonrechter was niet uit te sluiten dat de rechter in een bodemprocedure zou oordelen, dat de werknemer 'bewust roekeloos' had gehandeld door met zijn hand tegen de muur te slaan en dat dit handelen in zijn eigen risicosfeer lag. De vordering tot loondoorbetaling werd derhalve afgewezen. In zijn noot bij dit vonnis is Heida bijzonder kritisch op het oordeel van de kantonrechter.¹³² Hij wijst er terecht op dat artikel 7:629 lid 3 BW uitsluitend het opzetcriterium als uitsluitingsgrond noemt en het criterium 'bewuste roekeloosheid' noch in de wet, noch in de wetsgeschiedenis wordt genoemd (zoals bijvoorbeeld in artikelen 7:658 en 7:661 BW wel het geval is). De kantonrechter heeft aldus een onjuist criterium toegepast.

Aan de kantonrechter te Deventer werd het ingewikkelde geval voorgelegd van de werknemer die door een mislukte suïcidepoging arbeidsongeschikt was geworden.¹³³ De betreffende werknemer had tijdens zijn werkzaamheden met een houtbewerkingsmachine per ongeluk zijn linkerhand afgezaagd. Enkele maanden later probeerde de werknemer zich van het leven te beroven, door een mes in zijn hals-en/of keelstreek te steken. De werknemer is hierop enige tijd opgenomen geweest in een psychiatrische afdeling van een ziekenhuis. Hoewel de werknemer al sinds het ongeval met de houtbewerkingsmachine geheel niet inzetbaar was geweest voor zijn werkzaamheden, was de werkgever van mening dat hij niet gehouden was het loon van de werknemer door te betalen. De werknemer zou de houtbewerkingsmachine bewust in een onveilig stand hebben gezet. Bovendien zou de werknemer zijn werkzaamheden al hervat kunnen hebben, als hij vervolgens geen suïcidepoging had ondernomen. De kantonrechter overwoog dat het begrip opzet beperkt is tot een gerichtheid op het ziek worden en dat (opzettelijk) risicovol gedrag daar niet onder valt. Niet was komen vast te staan dat de werknemer zijn linkerhand bewust en opzettelijk heeft afgezaagd. Ook de suïcidepoging kon volgens de kantonrechter niet worden gekwalificeerd als het opzettelijk veroorzaken van ziekte. De aanleiding voor deze suïcidepoging was volgens de behandelend psychiater een psychotische depressie, die het gevolg was van het eerdere arbeidsongeval. Volgens de kantonrechter moest worden aangenomen dat het

132. R.A. Heida in zijn noot bij het vonnis *JIN* 2010/71. Zie eveneens kritisch: A.R. Houweling (red.) e.a., Loonstra & Zondag. *Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 441.

133. Ktr. Deventer 8 september 2006, *JAR* 2006/252.

opzet van de werknemer gericht was op het zich benemen van het leven en niet het laten voortbestaan van arbeidsongeschiktheid.

Ook aan de kantonrechter te Heerlen werd een nogal ongebruikelijke zaak voorgelegd.¹³⁴ In deze zaak was de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer reeds in een eerder stadium verstoord geraakt, doordat de werknemer zich tegenover de werkgever schuldig gemaakt aan het verrichten van verboden nevenwerkzaamheden c.q. onrechtmatige concurrentie. Als gevolg van de verstoorde arbeidsrelatie was de arbeidsovereenkomst al in een eerdere ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:685 (oud) BW ontbonden. De werknemer had zich bovendien in verband met de verstoorde arbeidsrelatie ziekgemeld.¹³⁵ De werkgever heeft vervolgens echter een deel van het nog verschuldigde loon onbetaald gelaten, omdat deze loonsom volgens de werkgever niet verschuldigd was.

De kantonrechter zag in de feiten aanleiding zijn beslissing uitgebreid te motiveren met behulp van een uitvoerige en zeer lezenswaardige rechtswetenschappelijke verhandeling. Volgens de kantonrechter heeft de wetgever bedoeld om het opzet-criterium in artikel 7:629 lid 3 sub a BW zo restrictief uit te leggen, dat hiervan alleen sprake kan zijn als de werknemer het oogmerk had om zijn arbeidsongeschiktheid teweg te brengen. Het opzet moet zijn gericht op het ontstaan van de ziekte. Dit betekent volgens de kantonrechter dat de in het strafrecht en schadeverzekeringsrecht bekende vormen van opzet, te weten het zekerheidsbewustzijn, het voorwaardelijk opzet en het mogelijkhedenbewustzijn, niet onder de reikwijdte van opzet ex artikel 7:629 lid 3 sub a BW vallen.¹³⁶ Toch zag de kantonrechter in de onderhavige zaak aanleiding de opvatting van de wetgever niet te volgen. Hij wees in het bijzonder op enkele maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de groeiende verantwoordelijkheid van de werknemer bij het voorkomen en herstellen van arbeidsongeschiktheid (tot uitdrukking komend in de Wet verbetering poortwachter) en de groeiende problematiek rondom het thema situatieve arbeidsongeschiktheid.¹³⁷ Daarnaast meende de kantonrechter dat, hoewel bij sommige op

134. Ktr. Heerlen 3 januari 2007, *JAR* 2007/27.

135. De bedrijfsarts had in deze zaak kennelijk geoordeeld dat klachten van hoofdpijn en slapeloosheid, die direct verband hielden met de verstoring van de arbeidsrelatie, wel het etiket 'ziekte' verdienen, zodat er in beginsel een loondoorbetalingsverplichting op grond van artikel 7:629 BW bestond.

136. De genoemde vormen van opzet zullen in paragraaf 3.2.3 onder de loep worden genomen.

137. De kantonrechter doet daarbij op de praktijk dat bedrijfsartsen naar de mening van de kantonrechter zeer verschillend kunnen oordelen over de vraag of ziekteverschijnselen die in direct verband staan met een verstoring van de arbeidsrelatie, moeten worden gekwalificeerd als 'ziekte' in de zin van artikel 7:629 BW, dan wel slechts als kenmerk van een arbeidsconflict. Zie in dat verband M.A.M.M. Verspagen, 'Arbeidsongeschikt vanwege een arbeidsconflict: aan de goden overgeleverd!', *ArbeidsRecht* 2004/33. Zoals blijkt uit het arrest HR 27 juni 2008, *JAR* 2008/188, m.nt. Vegter (*Mak/SGBO*) is dit oordeel van belang voor de vraag of de loondoorbetalingsverplichting in de sleutel van staat van artikel 7:629 BW of artikel 7:628 BW.

zichzelf risicovolle gedragingen (zoals gevaarlijke sporten) alleen het verboden 'oogmerk' tot opzet in de zin van artikel 7:629 lid 1 sub a BW zou kunnen leiden, sommige gedragingen – los van het oogmerk – al verboden kunnen zijn. Ter illustratie wijst de kantonrechter op rijden onder invloed van alcohol. Mede met oog op bescherming van de volksgezondheid en de voorkoming van daarmee samenhangende maatschappelijke kosten rust hierop een strafrechtelijk gesanctioneerd verbod. Gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen concludeert de kantonrechter dat ten aanzien van gedragingen die niet door de werknemer verricht mogen worden, omdat zij – los van het oogmerk waarmee zij worden verricht – voorzienbaar tot arbeidsongeschiktheid kunnen leiden, een andere benadering nodig is dan de benadering die blijkt uit de wetsgeschiedenis.

Ook het verwijtbaar veroorzaken van situatieve arbeidsongeschiktheid werd door de kantonrechter onder deze categorie geschaard. Volgens de kantonrechter kon naar objectieve maatstaven worden vastgesteld dat de werknemer zich ervan bewust was dat hij door zijn handelen aanstuurde op een arbeidsconflict, met alle daaraan inherente ongemakken van dien. Aldus had de werknemer zich volgens de kantonrechter schuldig gemaakt aan opzet in de vorm van zekerheidsbewustzijn. De loonvordering van de werknemer werd afgewezen.

Alcohol en drugsgebruik

Het derde thema dat met enige regelmaat blijkt terug te keren in de rechtspraak, betreft de vraag of bovenmatig gebruik (in de vrije tijd van de werknemer) of verslaving aan alcohol of drugs opzet in de zin van artikel 7:629 BW oplevert, indien het bovenmatig gebruik of de verslaving leidt tot arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Daarbij is niet alleen aandacht besteed aan het alcoholgebruik als zodanig en de directe gevolgen daarvan, maar ook aan de situatie waarin de werknemer een (verkeers)ongeval veroorzaakt onder invloed van alcohol- of drugs.

De vraag of arbeidsongeschiktheid ten gevolge van overmatig alcohol- of drugsgebruik opzettelijk door de werknemer wordt veroorzaakt, hangt nauw samen met de vraag in of het overmatige gebruik valt te kwalificeren als 'ziekte' in de zin van artikel 7:629 lid 1 BW. Als de ongeschiktheid van de werknemer om zijn bedongen werkzaamheden te verrichten niet kan worden aangeduid als ziekte, rust op de werkgever in beginsel immers geen loondoorbetalingsverplichting. In dat geval zal in beginsel de hoofdregel van artikel 7:627 BW gelden ('geen werk, geen loon'), tenzij sprake is van omstandigheden die op grond van artikel 7:628 BW in redelijkheid voor risico van de werkgever behoren te komen.

Bij de beoordeling van deze problematiek is van belang dat niet alleen het overmatige alcohol- of drugsgebruik zelf kan leiden tot ziekteverschijnselen, bijvoorbeeld als gevolg van intoxicatie. Onderzoek wijst uit dat verslaving aan alcohol of drugs

als zodanig een progressieve chronische ziekte is. Verslaving wordt bepaald door meerdere factoren, waaronder sociale omgevingsfactoren, sociale vaardigheden, psychologische factoren en genetische aanleg. Doordat zoveel factoren een rol spelen bij het ontstaan van verslaving, kan niet worden gezegd dat het steeds mogelijk moet zijn om puur op wilskracht te stoppen met het gebruik van een middel. Een verslaving gaat gepaard met veranderingen in bepaalde hersengedeelten en met een veranderende gevoeligheid voor bepaalde neurotransmitters. Dit betekent dat verslaving meer te maken heeft met onbewuste processen dan met bewuste processen.¹³⁸

De kantonrechter te Utrecht moest oordelen over een zaak waarin het ging om een werkneemster die wegens een cocaïneverslaving was opgenomen in een ontweningskliniek.¹³⁹ Als gevolg hiervan was de werkneemster gedurende enige tijd niet in staat haar werkzaamheden te verrichten. De werkgever stelde zich op het standpunt dat zij niet gehouden was het loon van de werkneemster gedurende deze periode door te betalen, omdat de verslaving door opzet, althans een daaraan gelijk te stellen ernstige mate van schuld zou zijn veroorzaakt. De kantonrechter overwoog dat de werkneemster haar aanspraak op loondoorbetaling eerst dan zou verliezen, indien zij het oogmerk zou hebben gehad om met haar gedragingen arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen. Volgens de kantonrechter kon uit de omstandigheden, waaronder de duur van de aangewezen intramurale behandeling, worden afgeleid dat naast de drugsverslaving tevens sprake was van psychische problematiek. Dat het opzet van de werkneemster op het veroorzaken van ziekte gericht is geweest, lag volgens de kantonrechter reeds vanwege deze psychische problematiek niet in de rede. De loonvordering werd derhalve toegewezen.

Aan het gerechtshof te Den Haag werd de vraag voorgelegd of een werknemer die als gevolg van overmatig alcoholgebruik leed aan de ziekte van Korsakov en die als gevolg van deze ziekte langdurig arbeidsongeschikt was geraakt, deze ziekte opzettelijk had veroorzaakt.¹⁴⁰ Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis overwoog het hof dat het opzet gericht moet zijn op het veroorzaken van de ziekte. Het hof oordeelde dat, wat er ook zij van het overmatige drankgebruik door de werknemer en de daardoor ontstane arbeidsongeschiktheid, uit niets bleek dat de werknemer, al drinkende, steeds de wil heeft gehad daardoor ziek te worden, hetgeen volgens het hof bij het aannemen van opzet wel het geval moet zijn.

138. STECR Werkwijzer, *Verslaving en Werk. Middelengebruik en (dis)functioneren op het werk*, Versie 1, september 2011, p. 6-7.

139. Ktr. Utrecht 7 juli 2007, JAR 2008/268.

140. Hof Den Haag 19 april 2011, JAR 2011/151.

Dat rechters soms ook moeite hebben met deze benadering van alcoholgebruik, blijkt wel uit een uitspraak van de kantonrechter te Gouda.¹⁴¹ Ook in die zaak ging het om de vraag of arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een alcohol- en drugsverslaving opzettelijk door de werknemer was veroorzaakt. De werknemer in kwestie moest als gevolg van zijn verslaving gedurende een periode worden opgenomen een ontwenningsskliniek, zodat hij zijn werkzaamheden niet kon verrichten. De kantonrechter oordeelde dat de verslaving aan alcohol en drugs als gevolg waarvan de werknemer ziek is geworden, opzet oplevert als bedoeld in art 7:629 lid 3 onder a BW, *“althans een met opzet gelijk te stellen ernstige mate van schuld”*. De psychische problemen die door de werknemer als verklaring voor zijn verslaving werden aangevoerd – hoe ernstig ook – konden volgens de kantonrechter geen rechtvaardiging opleveren voor de verslaving. Enigszins moraliserend overwoog de kantonrechter dat de werknemer deskundige hulp had moeten zoeken. Voor eventuele klachten had hij medicijnen moeten innemen. De kantonrechter overwoog dat het van algemene bekendheid mag worden verondersteld dat het toevlucht zoeken tot alcohol en drugs geen goed is middel ter bestrijding van een psychisch probleem. De werknemer zou volgens de kantonrechter bij volle bewustzijn zelf hebben gekozen voor een zodanig aanzienlijk en langdurig gebruik van alcohol en drugs dat hij verslaafd is geraakt.

Ook de kantonrechter te Amersfoort bleek niet vergevingsgezind tegenover een werknemer die arbeidsongeschikt was geraakt als gevolg van een verkeersongeval, dat was veroorzaakt door overmatig alcoholgebruik.¹⁴² Uit het bloedonderzoek dat direct na het ongeval was verricht, bleek dat de werknemer een alcoholpromillage had van 1,98.¹⁴³ De werknemer is naar aanleiding van zijn gedragingen door de politierechter strafrechtelijk veroordeeld. Bovendien is het rijbewijs van de werknemer ingevorderd. De werkgever stelde zich op het standpunt dat de arbeidsongeschiktheid het gevolg was van bewuste roekeloosheid en dat zij daarom niet gehouden het loon van de werknemer door te betalen. De kantonrechter oordeelde dat van algemene bekendheid mocht worden verondersteld, dat deelneming aan het verkeer onder invloed van alcohol een bijzonder groot risico inhoudt. Als gevolg daarvan was volgens de kantonrechter sprake is van een aanmerkelijke kans dat er een ongeval zou plaatsvinden met als gevolg arbeidsongeschiktheid. Het aanvaarden van die aanmerkelijke kans kon volgens de kantonrechter worden gelijkgesteld met opzet aan de zijde van de werknemer. De kantonrechter achtte in dit verband ook van belang dat het in de betreffende zaak naar zijn opvatting niet ging om opzettelijk risicovol gedrag, zoals sportbeoefening, waarnaar in de par-

141. Ktr. Gouda 23 augustus 2007, JIN 2007/237.

142. Ktr. Amersfoort 12 december 2001, JAR 2002/34.

143. Terwijl het (voor personen die ten minste vijf jaar in het bezit zijn van een rijbewijs) op grond van artikel 8 lid 2 sub b Wegenverkeerswet niet is toegestaan een voertuig te besturen met een promillage dat hoger ligt dan 0,5.

mentaire geschiedenis wordt verwezen, maar om een gedraging die in de wet als strafbaar feit wordt gekwalificeerd.¹⁴⁴ Deze redenering van de kantonrechter is moeilijk te volgen. Het feit dat een handeling strafbaar is staat immers los van de vraag of de arbeidsongeschiktheid die het gevolg van die handeling opzettelijk is veroorzaakt.¹⁴⁵

Ook in een zaak die werd voorgelegd bij de kantonrechter te Heerlen was de vraag aan de orde of een werknemer die slachtoffer was geworden van een verkeersongeval, met arbeidsongeschiktheid tot gevolg, zijn ziekte opzettelijk had veroorzaakt.¹⁴⁶ De werknemer in kwestie is op enig moment als bijrijder in de auto van een oud-collega gestapt, die op dat moment niet in het bezit was van een geldig rijbewijs dat en bovendien onder invloed was van alcohol. Nadat de werknemer door het verkeersongeval arbeidsongeschikt was geworden, stelde de werkgever dat de werknemer wetenschap moest hebben gehad van de toestand van zijn chauffeur (deze wetenschap werd door de werknemer betwist). Daarnaast was in deze situatie volgens de werknemer geen sprake van opzet zoals door de wetgever bedoeld in artikel 7:629 lid 3 sub a BW.

De kantonrechter stelde opvallenderwijs voorop dat het vervallen van het recht op loon bij ziekte op grond van artikel 7:629 lid 3 sub a BW gezien haar plaats in het Burgerlijk Wetboek enkel bedoeld kan zijn voor een situatie die binnen de werkingssfeer van de arbeidsovereenkomst valt. In deze zaak ging het volgens de kantonrechter om een gedraging van de werknemer in strikte privé-tijd, waarin geen uitvoering werd gegeven aan een van de verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst. De gedragingen van de werknemer vielen naar het oordeel van de kantonrechter naar hun aard volledig binnen het privé-domein van de werknemer en daarmee geheel buiten de werkingssfeer van de arbeidsovereenkomst, tenzij uit de gedraging aanstonds zou blijken dat deze willens en wetens was gericht op het veroorzaken van ziekte, met het oogmerk om arbeidsongeschikt te raken voor de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Dit laatste was volgens de kantonrechter gesteld noch gebleken.

144. Nog afgezien van dit oordeel overwoog de kantonrechter tevens dat de werknemer als gevolg van het ongeval zijn rijbevoegdheid was ontnomen, terwijl uit de inhoud van de arbeidsovereenkomst voortvloeit dat de werknemer zijn werkzaamheden niet naar behoren zou kunnen verrichten zonder de beschikking te hebben over een rijbewijs. Omdat sprake was van een kort geding overwoog de kantonrechter dat, omdat de oorzaak van het niet kunnen verrichten van de overeengekomen werkzaamheden in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoorde te komen (artikel 7:627 jo. 7:628 BW), ook dit een motivering voor de bodemrechter zou kunnen zijn om aan de werknemer diens recht op loon te onthouden.

145. Vgl. E.J.A. Franssen, 'Ziekte als gevolg van alcohol- of drugsgebruik', in: *Had Geers het geweten! Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Deventer: Kluwer 2006, p. 51.

146. Ktr. Heerlen 4 juli 2001, JAR 2001/247.

De redenering van de kantonrechter is niet geheel duidelijk. In ieder geval lijkt een onderscheid te worden gemaakt tussen gedragingen die plaatsvinden binnen de privé-sfeer en gedragingen die plaatsvinden bij de uitvoering van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter merkt ten aanzien van de laatste categorie gedragingen op, dat alleen in het geval is voldaan aan een zeer strikt opzetcriterium, de werknemer zijn recht op loondoorbetaling kan verliezen. Daarmee lijkt de kantonrechter te suggereren dat als de gedragingen van de werknemer zijn verricht buiten het privé-domein, een minder streng criterium moet worden gehanteerd. Voor deze benadering is geen aanknopingspunt te vinden in de parlementaire geschiedenis.¹⁴⁷

2.8 CONCLUSIE

Het doel van dit hoofdstuk is in kaart te brengen welke uitleg naar de huidige stand van het positieve recht in het arbeidsrecht wordt gegeven aan de schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid, alsook welke ratio aan deze begrippen ten grondslag ligt. Per bepaling waarin de begrippen worden gehanteerd is in de voorgaande paragrafen onderzoek gedaan naar de historische achtergrond van deze schuldbegrippen, de parlementaire geschiedenis en de uitleg en toepassing van de schuldbegrippen in de jurisprudentie. In deze laatste paragraaf zullen de bevindingen uit dit hoofdstuk worden samengevat.

2.8.1 *Opzet of bewuste roekeloosheid*

Uit de geschetste historische achtergronden blijkt dat opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van artikelen 7:658, 7:661, 6:170 en 7:611 BW niet dezelfde historische achtergrond hebben. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met de introductie van het criterium opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:658 BW respectievelijk artikelen 7:661 en 6:170 BW niet heeft beoogd een beperktere schuldgradatie te introduceren dan grove schuld of ernstig verwijt. Desondanks heeft de Hoge Raad het criterium wel een beperktere uitleg gegeven die bovendien in alle gevallen moet worden toegepast.

Ook hebben we gezien dat de parlementaire geschiedenis geen directe handvatten biedt voor de uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid. Inmiddels heeft de Hoge Raad een eigen uitleg geven aan het begrip bewuste roekeloosheid, terwijl het begrip opzet tot op heden nog niet nader door de Hoge Raad is gedefinieerd. De uitleg

147. Vgl. H. Uhlenbroek, 'Werknemers en alcoholgebruik, een actualisering', *ArbeidsRecht* 2005/6-7, p. 38; E.J.A. Franssen, 'Ziekte als gevolg van alcohol- of drugsgebruik', in: *Had Geers het geweten! Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Deventer: Kluwer 2006, p. 52. Hoewel beide auteurs zich kunnen vinden in het oordeel dat geen sprake was van opzet, menen zij dat de kantonrechter een juridisch onjuiste redenering volgt.

van bewuste roekeloosheid kan worden afgeleid uit twee arresten. In de eerste plaats het arrest Pollemans/Hoondert. Hierin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van bewuste roekeloosheid sprake is als de werknemer zich direct voorafgaand aan de gebeurtenis waardoor de schade is ontstaan, zich daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn gedraging. In aanvulling op deze definitie heeft de Hoge Raad in het arrest Maasman/Akzo Nobel weergegeven wanneer een gedraging een roekeloos karakter heeft. Dat is volgens de Hoge Raad het geval als de gedraging van de werknemer een 'aanmerkelijke kans' op schade in het leven roept. Dit betekent dat het begrip bewuste roekeloosheid enerzijds bestaat uit een objectieve component, namelijk de 'aanmerkelijke kans' op schade, en anderzijds uit een subjectieve component, namelijk het 'daadwerkelijke bewust-zijn' van die aanmerkelijke kans dat direct voorafgaand aan de schadeveroorzakende gebeurtenis bij de werknemer aanwezig moet zijn. In de lagere rechtspraak wordt de strenge lijn van de Hoge Raad in de meeste gevallen gevolgd. In een aanzienlijk deel van de gevallen wordt echter een objectief criterium gehanteerd.

Ten aanzien van de ratio die aan opzet of bewuste roekeloosheid ten grondslag ligt is geconcludeerd dat deze niet in alle bepalingen uit het arbeidsrecht waarin het criterium wordt gehanteerd hetzelfde is. Opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW staat in de sleutel staat van de zorgplicht van de werkgever. Wat in het kader van die zorgplicht van de werkgever verlangd mag worden, moet steeds mede in het licht worden beoordeeld van het 'ervaringsfeit' dat werknemers bij de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen niet steeds alle voorzichtigheid in acht nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is. Met die gedachte strookt niet dat de werkgever op basis van de 'eigen schuld' van de werknemer al te gemakkelijk aan aansprakelijkheid kan ontkomen.

Ook in het kader van werknemersaansprakelijkheid speelt het hiervoor genoemde ervaringsfeit nadrukkelijk een rol. Anders dan bij artikel 7:658 BW staat deze ervaringsregel echter niet in de sleutel van een zorgplicht, maar van een risicoverdeling. Die risicoverdeling is gebaseerd op de volgende argumenten:

- 1) De werknemer wordt door het verrichten van zijn werkzaamheden in een positie gedwongen, waarbij de kans op het veroorzaken van schade – gelet op de 'ervaringsregel' – groter is dan in normale gevallen.
- 2) Het is niet gebruikelijk dat werknemers zich verzekeren tegen schade veroorzaakt bij de werkgever in de uitoefening van de werkzaamheden.
- 3) De werknemer dient beschermd te worden, omdat de schade die uit zijn handelingen zou kunnen voortvloeien, in sommige situaties niet in verhouding staat tot het loon dat de werknemer verdient.

De ratio van de verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW is vergelijkbaar met de ratio van artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW. In paragraaf 2.4.3 is uiteengezet dat deze verzekeringsplicht is gebaseerd op de volgende argumenten:

- 1) Voor schade van de bestuurder van een motorvoertuig bestaat geen dekking onder een WA-verzekering.
- 2) De werknemer is verplicht om in het kader van de uitoefening van de werkzaamheden risico's te nemen die inherent zijn aan deelneming aan het verkeer.
- 3) De gevaren van gemotoriseerd verkeer zijn goed verzekeraar.
- 4) Ook voor het gemotoriseerd verkeer geldt het 'ervaringsfeit' dat de dagelijkse deelname aan het verkeer, de verkeersdeelnemer licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraten is.

2.8.2 *Opzet ex artikel 7:629 BW*

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid niet snel mag worden aangenomen.¹⁴⁸ De parlementaire geschiedenis biedt echter weinig handvatten voor de uitleg van het opzetcriterium. De rechtspraak moet het doen met slechts een aantal schaarse opmerkingen van de regering, waarin wordt aangegeven dat het enkele riskeren van arbeidsongeschiktheid voor de aanwezigheid van opzet onvoldoende is. In retrospectief lijkt de wetgever daarmee onvoldoende oog te hebben gehad voor de scenario's die zich in de praktijk kunnen voordoen. Voorbeelden hiervan zijn arbeidsongeschiktheid ten gevolge van cosmetische ingrepen en alcohol- of drugsgebruik, maar ook andere situaties waarin de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van (opzettelijke) gedragingen die op zichzelf al een uitvloeisel zijn van een (psychische) ziekte.

De Hoge Raad heeft zich tot op heden nog niet over het opzetcriterium uitgelaten. Uit de lagere jurisprudentie blijkt dat maar zelden door de rechter wordt geoordeeld dat sprake is van opzettelijk veroorzaakte ziekte. In de jurisprudentie wordt vaak geconcludeerd dat onder het opzetbegrip in artikel 7:629 BW in ieder geval niet het uit het strafrecht bekende criterium 'voorwaardelijk opzet' valt.¹⁴⁹ Vaak

148. Zie ook B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss. Rotterdam), Rotterdam/Deventer: Sanders Instituut/Gouda Quint 1999, p. 91-95; G.A. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer. Nederland, Duitsland en flexicurity* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, p. 53-54.

149. Zie ook A-G Keus in zijn conclusie voor HR 14 maart 2008, JAR 2008/110 (Zutekouw/Van Oort): "Alleen wanneer de werknemer de ziekte willens en wetens heeft veroorzaakt met het oogmerk arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen, vervalt diens wettelijke aanspraak op doorbetaling van loon. Het enkel riskeren van ziekte, door het vertonen van opzettelijk risicovol gedrag met arbeidsongeschiktheid als gevolg, is dan ook onvoldoende om van opzet in de hier bedoelde zin te kunnen spreken."

wordt het criterium zelfs zo beperkt uitgelegd, dat wordt gesproken over de *wil* van de werknemer of het *doel* van zijn handelen om arbeidsongeschikt te worden.

Tegelijk is duidelijk dat rechters soms moeite hebben met de toepassing van het criterium, omdat de conclusie dat de werkgever wordt geconfronteerd niet rechtvaardig wordt geacht, dan wel voorbijgaat aan de verantwoordelijkheid van de werknemer om arbeidsongeschiktheid te voorkomen. In enkele gevallen mondt dat uit in de toepassing van een onjuist criterium. In andere gevallen gaat de rechter op zoek naar een creatieve oplossing. Het illustreert dat rechters in de praktijk soms worstelen met een correcte toepassing van het opzetcriterium in artikel 7:629 BW.

De ratio van opzet in artikel 7:629 BW hangt nauw samen met de economische afhankelijkheid van de werknemer ten opzichte van de (economisch doorgaans sterkere) werkgever. Ook kan het regime uit artikel 7:629 BW, inclusief de uitzondering in geval van opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, niet los kan worden gezien van de sociaalverzekeringsrechtelijke achtergrond van deze bepaling.

In het vorige hoofdstuk stond de vraag centraal hoe de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid naar positief recht worden uitgelegd en welke ratio aan deze begrippen ten grondslag ligt. In paragraaf 1.2.3 is toegelicht welke schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht zullen worden vergeleken met opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Ten aanzien van die schuldbegrippen staat in dit hoofdstuk dezelfde vraag centraal als in hoofdstuk 2.

Dit hoofdstuk kent de volgende opbouw. In paragraaf 3.2 wordt het criterium 'opzet of roekeloosheid' als bedoeld in artikel 7:952 BW besproken. Paragraaf 3.3 behandelt 'opzet of roekeloosheid met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien', als bedoeld in het vervoersrecht. Vanwege de inhoudelijke samenhang zal ook artikel 3 Loodsenwet in deze paragraaf worden besproken. Paragraaf 3.4 behandelt 'opzet of bewuste roekeloosheid' in het contractenrecht in verband met exoneratieclausules. In paragraaf 3.5 wordt het criterium 'opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid' uit in het verkeersaansprakelijkheidsrecht besproken. Paragraaf 3.6 is gewijd aan 'opzet of bewuste roekeloosheid' in verband met het regresrecht van instanties die zijn belast met de uitvoering van socialezekerheidswetten op werkgevers en collega-werknemers. Ook artikel 6:107a lid 4 BW zal in deze paragraaf aan de orde komen. Paragraaf 3.7 bespreekt het criterium 'ernstig verwijt' ex artikel 2:9 BW (interne bestuurdersaansprakelijkheid). Vanwege de inhoudelijke samenhang zal in deze paragraaf ook het criterium 'ernstig verwijt' in relatie tot de externe bestuurdersaansprakelijkheid worden besproken.

Paragraaf 3.8 behandelt het begrip 'opzet' op de plaatsen waar het als geïsoleerd begrip wordt gehanteerd. Deze begrippen worden niet (alleen) vanwege hun inhoudelijke samenhang gezamenlijk behandeld, maar (ook) omdat de onderzoeksbevindingen met betrekking tot deze bepalingen zo beperkt zijn, dat behandeling in dezelfde paragraaf – steeds in een eigen (sub)paragraaf – voor de hand ligt.

In paragraaf 1.3.3 is geconcludeerd dat ook opzet of grove schuld als bedoeld in artikel 7:757 lid 1 BW en grove schuld als bedoeld in artikel 139 lid 3 Wetboek van Koophandel voor onderzoek in aanmerking komen. Zoals in die paragraaf al aangegeven, is bij het verrichten van het onderzoek geconstateerd dat over deze schuldbegrippen onvoldoende informatie voorhanden is om een vergelijking met het arbeidsrecht te kunnen maken. De parlementaire geschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor de uitleg van deze schuldbegrippen. Jurisprudentie is niet voorhanden, noch van de Hoge Raad, noch van lagere instanties. Om die reden zullen deze begrippen niet verder in het onderzoek worden betrokken.

Per schuldbegrip zal steeds zoveel mogelijk hetzelfde stramien worden gehanteerd als in hoofdstuk 2. Dit betekent dat eerst de historische en juridische achtergrond van het schuldbegrip zal worden besproken. Daarna zal de parlementaire geschiedenis aan de orde worden gesteld. Vervolgens zal de rechtspraak van de Hoge Raad die betrekking heeft op de uitleg van het begrip aan de orde komen. Aansluitend zal de ratio van het betreffende schuldbegrip worden besproken. Tot slot zal de lagere rechtspraak worden behandeld, waarbij zal worden onderzocht in hoeverre de uitleg of aanwijzingen van de wetgever en de Hoge Raad worden opgevolgd.

Bij de bespreking van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht, aan opzet grenzende roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht en 'ernstig verwijt' in de context van externe bestuurdersaansprakelijkheid, wordt een uitzondering gemaakt op deze wijze van behandeling. Omdat dit geen wettelijke begrippen zijn, maar de begrippen die voortvloeien uit vaste jurisprudentie, kennen zij geen parlementaire geschiedenis. Om die reden zal per schuldbegrip eerst inzicht worden gegeven in het juridische kader waarin deze schuldbegrippen moeten worden geplaatst. Vervolgens zal de rechtspraak van de Hoge Raad over (de uitleg van) de schuldbegrippen worden besproken, waarna ook in deze paragrafen de ratio van het betreffende schuldbegrip zal worden besproken en de toepassing in de lagere rechtspraak zal worden onderzocht.

Bij de bespreking van opzet of roekeloosheid als bedoeld in artikel 7:952 BW zal bovendien worden stilgestaan bij de strafrechtelijke begrippen opzet en culpa. Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:952 BW blijkt namelijk dat de begrippen opzet of roekeloosheid in het verzekeringsrecht nauw verwant zijn aan de in het strafrecht gehanteerde terminologie.

Omdat in dit hoofdstuk onderzoek wordt gedaan naar de huidige stand van het positieve recht, zullen alleen schuldbegrippen worden behandeld die daar momenteel nog deel van uitmaken. Voor sommige schuldbegrippen geldt dat zij op enig moment zijn vervangen door een ander begrip (bijvoorbeeld 'grote schuld' in het

vervoersrecht en ‘merkelijke schuld’ in het verzekeringsrecht). Deze begrippen worden – omdat zij geen onderdeel meer uitmaken van het positieve recht – niet zelfstandig besproken. Aangezien deze begrippen wel onderdeel uitmaken van de (wets)historische context van de moderne schuldbegrippen, zullen zij worden besproken als onderdeel van de historische achtergrond. Daarmee worden deze begrippen op dezelfde wijze benaderd als de begrippen ‘grove schuld’ (in de context van artikel 7:658 BW) en ‘ernstig verwijt’ (in de context van artikel 7:661 BW) in hoofdstuk 2 werden benaderd.

3.2 OPZET OF ROEKELOOSHEID IN HET VERZEKERINGSRECHT

3.2.1 *Historische en juridische achtergrond*

Gewone schuld en merkelijke schuld

Het verzekeringsrecht was voor de inwerkingtreding van het Nieuw BW geregeld in het Wetboek van Koophandel. Het eigenschuldregime was geregeld in artikel 276 WvK (oud). De hoofdregel hield in dat de verzekeraar geen schade behoefde te vergoeden die door ‘eigen schuld’ van de verzekerde was veroorzaakt. Voor brandverzekeringen was in artikel 294 WvK (oud) een afwijkende regeling neergelegd. Deze regeling hield in dat de verzekeraar niet gehouden was schade van de verzekerde te vergoeden, als hij kon bewijzen dat de schade te wijten was aan ‘merkelijke schuld of nalatigheid’ van de verzekerde.¹

Het verschil tussen de beide eigenschuldregimes was het gevolg van de oorspronkelijk beoogde doelgroep van de twee soorten schadeverzekeringen. Hoewel artikel 276 WvK (oud) op alle verzekeringen van toepassing was, is deze bepaling in werkelijkheid voor de transportverzekering geschreven.² Van degene die een schip uitrustte of een partij goederen verzond, werd in de regel geen zorg meer verwacht, zodra het schip eenmaal zee had gekozen. Hij kon er immers toch niets meer aan doen. Om die reden werd het redelijk geacht dat iedere vorm van eigen schuld voor rekening van de verzekerde zou komen. Een brandverzekering dekte echter een risico dat over een lange tijd door eigen gedragingen – onvoorzichtigheid, nalatigheid, gebrek aan controle – van de verzekerde kon worden beïnvloed. Om die reden kwam op grond van artikel 294 WvK (oud) alleen schade voor rekening van de verzekerde die het gevolg was van merkelijke schuld of nalatigheid.

-
1. I. Haaze, ‘Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek’, *WPNR* 2004/6569, p. 193.
 2. T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht. Deel III*, Amsterdam: Van Erven Bohn bv 1974, p. 96-97.

Ook voordat de Hoge Raad zich over de reikwijdte van het begrip ‘merkelijke schuld’ uitliet, werd al aangenomen dat merkelijke schuld zich van ‘gewone’ schuld onderscheidde door de graad van nalatigheid. Onder het begrip schuld moest worden verstaan elk toedoen van de verzekerde, waarvan hem een verwijt kon worden gemaakt. Hieronder werd ook lichte schuld begrepen. Onder merkelijke schuld werd alleen zeer onverstandig gedrag verstaan. Het was voor merkelijke schuld niet vereist dat de verzekerde zich van de mogelijke gevolgen van zijn gedraging bewust was.³

De Hoge Raad over merkelijke schuld

De Hoge Raad heeft deze uitleg van merkelijke schuld in zijn latere rechtspraak bevestigd. Het begrip is in meerdere arresten aan de orde gekomen. In het arrest Van Kasteren/Nationale Nederlanden moest de Hoge Raad oordelen over een geval waarin de verzekerde in een drukke winkelstraat op de achterbank van de auto een beauty-case met daarin verzekerde sieraden had achtergelaten.⁴ De beauty-case werd gestolen. Het Hof had het gedrag van de verzekerde gekwalificeerd als merkelijke schuld. In cassatie omschreef de Hoge Raad merkelijke schuld als ‘een ernstige mate van schuld’. Vervolgens gaf hij aan dat het oordeel van het Hof gezien de omstandigheden van het geval geen blijk gaf van een onjuiste opvatting van het begrip merkelijke schuld, en dat het oordeel, verweven als het was met de waardering van de feiten, in cassatie verder niet op juistheid kon worden getoetst.

Een nadere toelichting op de term merkelijke schuld gaf de Hoge Raad in het Containerbrand-arrest.⁵ In dit arrest herhaalde de Hoge Raad zijn eerdere uitspraak uit het arrest Van Kasteren/Nationale Nederlanden, maar gaf hij tevens een grens aan:

“Bij de beoordeling van onderdeel 2 moet uitgangspunt zijn dat met het woord ‘merkelijke’ in art. 294K wordt aangeduid dat niet voldoende is dat verzekerde enige, al is het slechts lichte, schuld heeft, maar dat sprake moet zijn van een ernstige mate van schuld (HR 17 juni 1988, NJ 1988, 966). (...) Het vorenstaande brengt mede dat de onderdelen 2a en 2b van een te beperkte rechtsopvatting uitgaan en daarom falen: onderdeel a verdedigt blijkens de daarop gegeven toelichting de opvatting dat de veronachtzaming ‘zo ernstig moet zijn dat zij is gelijk te stellen met opzettelijk handelen (brandstichting) of in ernst daaraan grenst’ (...); en onderdeel b stelt dat Aalbers zich er bewust van had moeten zijn dat de brand ‘het rechtstreeks en onvermijdelijk gevolg van zijn nalatigheid zou zijn’.”

De Hoge Raad heeft met de uitleg van merkelijke schuld in het Containerbrand-arrest duidelijk gemaakt dat dit schuldbegrip niet gelijkstond aan de oude definitie

3. T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht. Deel III*, Amsterdam: Van Erven Bohn bv 1974, p. 96.
4. HR 17 juni 1988, NJ 1988, 966, m.nt. Van der Grinten (Van Kasteren/Nationale Nederlanden).
5. HR 3 februari 1989, NJ 1990, 477 (Containerbrand).

van grove schuld uit het arrest Codam/Merwede.⁶ Dat wil zeggen: ‘een in laakbaarheid aan opzet grenzende vorm van schuld’. Ook was blijkens het Container-brand-arrest voor merkelijke schuld niet vereist dat de verzekerde zich ervan bewust had moeten zijn ‘dat de brand het rechtstreekse en onvermijdelijke gevolg van zijn nalatigheid zou zijn’.

Ruim een decennium later – in het jaar 2003 – heeft de Hoge Raad in het arrest Amev/Meyerink een verdere toelichting gegeven op het begrip merkelijke schuld.⁷ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad nog eens expliciet dat bewustheid van de genomen risico’s niet vereist was. Hij overwoog in dit arrest als volgt.

“Met het begrip merkelijke schuld in art. 294 K wordt een ernstige mate van schuld aangeduid. Bij lichtere graden van schuld blijft de verplichting tot uitkering van de (brand)verzekeraar in stand, omdat minder ernstige vormen van nalatigheid en onvoorzichtigheid nu juist zijn te rekenen tot de gevaren waartegen de verzekering dekking biedt. Bij de beantwoording van de vraag welke mate van zorg de verzekeraar van de verzekerde mag verwachten, kan als uitgangspunt gelden dat van de verzekerde mag worden verwacht, dat hij zich onthoudt van gedragingen waarvan hij weet of behoort te weten dat een aanmerkelijke kans bestaat dat deze tot schade zullen leiden. Van merkelijke schuld in de zin van art. 294 K is derhalve ook sprake, indien het gaat om een gedraging die, al is de verzekerde zich daarvan niet bewust, naar objectieve maatstaven een zodanig aanmerkelijke kans op schade met zich brengt dat de betrokken verzekerde zich van dat gevaar bewust had behoren te zijn en door zich van die gedraging niet te onthouden in ernstige mate tekort schiet in zorg ter voorkoming van schade.”

Met de bovenstaande overweging sloot de Hoge Raad enerzijds aan bij zijn oudere uitleg van merkelijke schuld, namelijk een ernstige mate van schuld. Anderzijds voegde de Hoge Raad hieraan toe dat van merkelijke schuld sprake was als de gedraging enerzijds een naar objectieve maatstaven *aanmerkelijke kans* op schade meebracht en de betrokken verzekerde zich anderzijds van dat gevaar bewust *had behoren* te zijn. Door de spreken over een *zodanig* aanmerkelijke kans, lijkt Hoge Raad deze twee componenten aan elkaar te koppelen. De *ernst* van de gedraging wordt bepaald door de *risicograad* van de gedraging, oftewel de grootte van de kans dat de gedraging schade tot gevolg heeft. Voor de juridische kwalificatie van de gedraging als merkelijke schuld is die kans voldoende groot, als daaraan de (normatieve) conclusie wordt verbonden dat de verzekerde zich van het risico bewust had behoren te zijn. Als een gedraging een dergelijk risicovol karakter draagt en de verzekerde zich desondanks niet van die gedraging onthoudt, schiet

-
6. HR 12 maart 1954, *NJ* 1955, 386 (Codam/Merwede). Dit arrest had van origine betrekking op grove schuld zoals gebruikt in het vervoersrecht. Zie voor een bespreking van het arrest paragraaf 3.3.1.
 7. HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 536, m.nt. Mendel (Amev/Meyerink), r.o. 3.5.

de verzekerde in ernstige mate tekort in de nakoming van zijn zorgplicht ter voorkoming van schade.⁸

3.2.2 *Parlementaire geschiedenis*

De wetgever heeft zich bij de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht bijzonder uitvoerig over het eigenschuldregime uitgelaten. In het Voorontwerp van titel 7.17 BW werd in artikel 7.17.2.9 bepaald dat de verzekeraar niet gehouden was schade te vergoeden die het gevolg was van merkelijke schuld van de verzekerde. Anders dan in artikel 294 WvK (oud) betrof dit niet langer de uitzondering. Inmiddels had het verzekeringsbedrijf zich namelijk tot zoveel andere takken van verzekering dan transport uitgebreid, dat niet als hoofdregel kon worden gehandhaafd dat iedere vorm van eigen schuld van dekking was uitgesloten. De voorheen geldende uitzondering – het verval van de vergoedingsplicht bij merkelijke schuld van de verzekerde – zou voortaan als hoofdregel moeten gelden.⁹

Bij indiening van het wetsvoorstel voor de Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 BW heeft de regering ervoor gekozen de tekst van het Voorontwerp niet over te nemen. In plaats van de term ‘merkelijke schuld’ werd in artikel 7.17.2.9 Nieuw BW namelijk aanvankelijk gekozen voor de begrippencombinatie ‘opzet of grove schuld’. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever hiermee beoogde aan te sluiten bij de definitie van grove schuld uit het arrest Codam/Merwede: ‘een in laakbaarheid aan opzet grenzende vorm van schuld’. Anders dan bij de begrippencombinatie opzet of *bewuste* roekeloosheid, zoals die in het voorontwerp van titel 7.10 Nieuw BW voorkwam, kon volgens de wetgever van grove schuld

-
8. Feunekes heeft opgemerkt dat de Hoge Raad met de gegeven definitie van merkelijke schuld niet tot uitgangspunt heeft genomen dat sprake moet zijn van een bepaalde mate van verwijtbaarheid. Feunekes leidt zijn conclusie af uit de overweging dat voor merkelijke schuld geen sprake hoeft te zijn van een subjectieve bewustheid bij de verzekerde van een aanmerkelijke kans op gevaar. Voldoende is dat deze aanmerkelijke kans naar objectieve maatstaven aanwezig is. Aldus R. Feunekes, ‘Objectieve maatstaf bij schuld in het verzekeringsrecht’, *NTHR* 2004/2, p. 47-48. Hoewel juist is dat de Hoge Raad niet van belang acht of de verzekerde zich ten tijde van zijn handelen bewust was van het risicovolle karakter daarvan, betekent dit niet per definitie dat verwijtbaarheid ontbreekt. Verwijtbaarheid in ruime zin kan ook aanwezig zijn als de verzekerde zich van het risicovolle handelen naar objectieve maatstaven bewust had *behoren te zijn*, maar zich desondanks niet van zijn handeling onthoudt. Zie ook de *Kamerstukken I*, 19 529, E, p. 13.
 9. F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting vierde gedeelte (Boek 7), ‘s-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1972*, p. 1175. Volgens de toelichting op het Voorontwerp had de term merkelijke schuld – hoewel de term alleen in artikel 294 WvK voorkwam – inmiddels een voldoende omlijnde betekenis gekregen, terwijl een meer algemeen gebruikelijk equivalent niet bestond. Hieruit kan worden afgeleid dat in het Voorontwerp de bewuste keuze is gemaakt om niet de op dat moment al bestaande term grove schuld te gebruiken. Hiermee werd immers een zwaardere mate van schuld werd aangeduid, zodat het geen equivalent was van merkelijke schuld.

ook sprake zijn, als de dader zich niet bewust was van de schade die zijn handeling kon meebrengen.¹⁰

De regering heeft in de parlementaire geschiedenis diverse malen onderstreept dat artikel 7.17.2.9 Nieuw BW van regelend recht is.¹¹ Dit betekent enerzijds dat de partijen bij de verzekeringsovereenkomst ook lichtere graden van schuld van de dekking kunnen uitsluiten. Anderzijds is het mogelijk om de dekking uit te breiden naar zwaardere schuldbegrippen.¹² De mogelijkheid van uitbreiding van de dekkingsgraad is echter niet onbeperkt. Een te ruime dekkingsgraad kan onder omstandigheden namelijk in strijd zijn met de goede zeden en de openbare orde, als bedoeld in – thans – artikel 3:40 lid 1 BW.¹³

Met als doel aan te sluiten bij de terminologie in het Nieuw BW, heeft de wetgever de begrippencombinatie opzet of grove schuld later gewijzigd in ‘opzet of roekeloosheid’. De wetgever heeft er echter uitdrukkelijk op gewezen dat hiermee geen inhoudelijke wijziging is beoogd, zodat voor de invulling van dit begrip de betekenis van het arrest Codam/Merwede behouden bleef.¹⁴

Door de leden van de Eerste Kamer werd aan de regering de vraag gesteld of en in hoeverre de begrippen opzet en roekeloosheid verwant zijn met de begrippen opzet, voorwaardelijke opzet en schuld in strafrechtelijke zin.¹⁵ Hierop antwoordde de regering als volgt:

“Vervolgens wordt gevraagd in hoeverre de begrippen opzet en roekeloosheid verwant zijn met de begrippen opzet, voorwaardelijke opzet en schuld in strafrechtelijke zin. Het begrip opzet is inderdaad verwant met de begrippen opzet en voorwaardelijke opzet in strafrechtelijke zin, al is de specifieke invulling van deze begrippen telkens afhankelijk van het rechtsgebied waar zij worden gehanteerd. Men onderscheidt drie vormen van opzet, te weten opzet als oogmerk, opzet als zekerheidsbewustzijn en voorwaardelijk opzet. Dit onderscheid en deze begrippen zijn afkomstig uit het strafrecht en ook het begrip opzet in artikel 7.17.2.9 omvat deze drie vormen. Roekeloosheid is synoniem met het begrip grove schuld. Met dit laatste begrip wordt evenals in het strafrecht op een zeer hoge schuldgraad gedoeld.”¹⁶

10. *Kamerstukken II*, 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 25.

11. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, 3, p. 26; *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 12 & 14; *Handelingen I* 2005/06, 12, p. 583.

12. Volgens de regering moest de omvang van de dekking en de daarvoor verschuldigde premie in beginsel aan partijen worden overgelaten. Zij merkte op dat het is de praktijk bij aansprakelijkheidsverzekeringen gebruikelijk is om de dekkingsgraad van de verzekering de verruimen, terwijl het bij kostbaarheden- en brandverzekeringen gebruikelijk is om de dekkingsgraad te beperken. Zie *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 12.

13. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, 3, p. 26. Zie voorts HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572, m.nt. Wachter (Bierglas-arrest).

14. *Kamerstukken II*, 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 31; *Kamerstukken I*, 2004/05, 19 529, B, p. 19.

15. *Kamerstukken I* 2003/04, 19 529, A, p. 6.

16. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 19.

In het vervolg van de discussie werd de regering door de CDA-fractie verzocht een nadere toelichting te geven op de betekenis van het criterium 'opzet of roekeloosheid'.¹⁷ In het bijzonder werd de regering verzocht te reflecteren op een publicatie van Haazen.¹⁸ Hierop volgde een uitvoerige uiteenzetting van de regering.¹⁹

Voor zover deze betrekking hadden op het verzekeringsrecht heeft de regering de uiteenzetting van Haazen als volgt samengevat:

"Vervolgens geeft mevrouw Haazen een beschouwing over de ernstige vormen van eigen schuld, namelijk merkelijke schuld, grove schuld en roekeloosheid. Met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 (NJ 2004, 536) merkt zij op dat voor het aannemen van merkelijke schuld niet vereist is dat de verzekerde heeft gehandeld in het bewustzijn dat de schade het gevolg van zijn handelen kan zijn. Niet vereist is derhalve dat de verzekerde in zoverre in subjectieve zin een verwijt kan worden gemaakt. Vervolgens merkt zij op dat merkelijke schuld een ernstige mate van schuld is, maar in ernst wordt voorbijgestreefd door grove schuld. Grove schuld – zo vervolgt zij – grenst in laakbaarheid weer aan opzet. In artikel 7.17.2.9 is de term roekeloosheid weer synoniem met grove schuld. Vervolgens constateert zij dat op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid grove schuld wordt gedefinieerd als opzet of bewuste roekeloosheid, maar dat voor artikel 7.17.2.9 niet van belang is of het om bewuste of onbewuste roekeloosheid gaat."

De regering kon dit alles onderschrijven.²⁰ Het bewustheidsvereiste is volgens de regering niet gesteld in artikel 7.17.2.9 Nieuw BW, zodat in dat opzicht niet vereist is dat de verzekerde in subjectieve zin een verwijt kan worden gemaakt. De regering merkte hierbij wel op dat waar zij het in dit verband heeft over een 'verwijt in subjectieve zin', het alleen gaat om de vraag of de verzekerde wetenschap heeft gehad van de risico's van zijn handelen. Bij onbewuste roekeloosheid ontbreekt deze wetenschap, maar daarom hoeft het handelen volgens de regering niet minder verwijtbaar te zijn, omdat hij zich wel bewust had *behoren* te zijn van de risico's

17. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, D, p. 7-8.

18. I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2004/6569, p. 193-198 en *WPNR* 2004/6570, p. 209-214.

19. Daarbij benadrukt de regering dat de uitleg van de verschillende schuldgradaties telkens mede afhankelijk kan zijn van het rechtsgebied waar zij worden gehanteerd. De uitleg van wettelijke bepalingen waarin een bepaalde schuldgradatie is opgenomen, is volgens de regering immers mede afhankelijk van de ratio van deze bepalingen. *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 12.

20. *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 12-13.

van zijn handelen. Het verwijt is dan dat de verzekerde zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen van zijn handelen.²¹

De regering is door de leden van de CDA-fractie gevraagd in te gaan op het geval waarin de verzekerde lijdt aan een persoonlijkheidsstoornis of een handicap, waardoor hij zich niet bewust kan zijn geweest van het gevaar van schadeveroorzaking.²² Zij stelden de vraag of in dat geval toch sprake kan zijn van roekeloosheid. De regering heeft hierover het volgende opgemerkt:

“Indien, zoals in de door deze leden gegeven voorbeelden, een verzekerde zich niet bewust heeft kunnen zijn van de mogelijk schadelijke gevolgen van zijn handelen, kan hem dan ook inderdaad geen roekeloosheid worden verweten. Het is daarbij in beginsel aan de verzekeraar om te bewijzen dat de schade door roekeloosheid is veroorzaakt. Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419. Dit betekent dat de verzekeraar de uit de gedraging voortvloeiende aanmerkelijke kans op schade moet bewijzen, evenals het feit dat de verzekerde zich hier ook bewust van had moeten zijn. Bij dit laatste geldt dat uit de risicovolle gedragingen van de verzekerde veelal als voorshands bewezen kan worden aangenomen dat hij zich daarvan bewust had moeten zijn. Indien evenwel de verzekerde stelt dat dit ten gevolge van een lichamelijke of geestelijke tekortkoming anders is, rust op hem geen zware bewijslast. Voldoende is dat hij feiten aantoonst die zoveel twijfel zaaien dat het als voorshands bewezen geachte dat hij zich van de risico's bewust had moeten zijn geweest niet langer houdbaar is.”²³

De regering voegde hieraan toe dat deze situatie moet worden onderscheiden van het geval waarin een verzekerde zich *wel bewust* is van de schadelijke gevolgen van zijn handelen, maar dit handelen hem op grond van een geestesstoornis *niet verwe-*

21. In het licht van deze opmerking is ook begrijpelijk dat naar de mening van de regering verdedigbaar is dat het gedrag van de verdachte in het befaamde Porsche-arrest (HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199) als roekeloos in de zin van artikel 7:952 BW kan worden gekwalificeerd. In deze strafrechtelijke zaak oordeelde de Hoge Raad dat het hof onvoldoende had gemotiveerd waarom de verdachte de kans op de dood van de vijf slachtoffers bij een gevaarlijke inhaalmanoeuvre op de koop had toegenomen. Het hof was er namelijk aan voorbij gegaan dat de verdachte met zijn gedrag ook zelf het risico nam dat hij om het leven zou komen. Dit duidde er volgens de Hoge Raad op dat de verdachte verwachtte dat de manoeuvre niet tot een botsing zou leiden. De regering gaf aan dat voor het begrip ‘opzet’ in artikel 7:952 BW dezelfde toets moet worden gehanteerd, omdat dit begrip verwant is met opzet (waaronder voorwaardelijke opzet) in strafrechtelijke zin. Voor roekeloosheid is bewuste aanvaarding van een aanmerkelijke kans op schade echter niet vereist. Zie *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 14-15.

22. Als voorbeelden worden genoemd: een dementerende persoon die brand veroorzaakt omdat hij vergeten is dat een pan eten op het vuur staat en iemand die door doofheid zich niet bewust is van de risico's van zijn handelen.

23. *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 13-14.

ten kan worden.²⁴ Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als de verzekerde door deze stoornis ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handelen, of door deze stoornis buiten staat was om anders te handelen dan hij heeft gedaan.²⁵

3.2.3 *Opzet en culpa in het strafrecht*

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de begrippen opzet en roekeloosheid in artikel 7:952 BW nauw verwant zijn aan de strafrechtelijke terminologie over de (mate van) schuld van de verdachte. Onder het begrip ‘opzet’ vallen volgens de wetgever dezelfde opzetvormen die ook in het strafrecht worden gehanteerd. Daarnaast heeft de wetgever aangegeven dat *roekeloosheid* synoniem is aan het begrip grove schuld. Met dit laatste begrip wordt volgens de wetgever – evenals in het strafrecht – een zeer hoge schuldgraad bedoeld. Een en ander brengt met zich dat het voor een goed en volledig begrip van de inhoud van de begrippen opzet en roekeloosheid in artikel 7:952 BW noodzakelijk is om de strafrechtelijke schuldbegrippen opzet en culpa onder de loep te nemen. De onderhavige paragraaf is hieraan gewijd.

De bestanddelen opzet en culpa

Een van de fundamentele beginselen binnen het strafrecht is het zogeheten schuld-beginsel. Dit beginsel houdt in dat er zonder schuld geen sprake kan zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid.²⁶ Het belang van dit beginsel houdt verband met het strafrechtelijke uitgangspunt dat een dader alleen een straf kan worden opgelegd, als een naar objectieve, sociaal-maatschappelijke maatstaven ongeoorloofde gedraging ook subjectief aan de dader kan worden *toegerekend*. Deze toerekening door schuld leidt ertoe, dat de individuele dader voor zijn gedraging verantwoordelijk

24. Vgl. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 658, m.nt. Van der Grinten. De Hoge Raad had in dit arrest ten aanzien van het begrip merkelijke schuld geoordeeld dat het verwijtbaarheid impliceert aan de zijde van de verzekerde. Een andersluidend oordeel zou tot het maatschappelijk onwenselijke gevolg leiden dat reeds bij het sluiten van de verzekering de mogelijkheid van het ontstaan van een geestelijke stoornis bij de verzekerde onder ogen moet worden gezien, wil deze mede gedekt kunnen worden. De Hoge Raad voegde hieraan toe dat de verzekerde die stelt dat hem op grond van een stoornis van zijn geestvermogens geen verwijt valt te maken, dit in beginsel bij tegenspraak zal hebben te bewijzen.

25. *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 14.

26. Zie J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 193 e.v.; P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 795 e.v.; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 48 e.v.; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 233 e.v.; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 209 e.v.

kan worden gehouden, waardoor de ongeoorloofde gedraging ook strafwaardig wordt.²⁷

Bij strafbare feiten die zijn gekwalificeerd als misdrijf brengt het schuldbeginsel mee dat de delictsomschrijving een subjectief bestanddeel bevat. Dat wil zeggen: een bestanddeel dat betrekking heeft op het subject van de dader. Dit subjectieve bestanddeel maakt als bestanddeel onderdeel uit van de tenlastelegging, zodat de aanwezigheid van de schuldvorm bewezen moet worden. Op hoofdlijnen kunnen als bestanddeel twee wettelijke schuldbegrippen worden onderscheiden: *dolus*, oftewel opzet en *culpa*, oftewel onachtzaamheid of schuld in enge zin. Opzet veronderstelt dat de dader *willens en wetens* heeft gehandeld, met oog op de verwezenlijking van de bestanddelen van de delictsomschrijving.²⁸ Culpa daarentegen vereist geen willens en wetens handelen, maar een bepaalde mate van onzorgvuldigheid. Dat wil zeggen: de wil en/of de wetenschap die voor opzet vereist zijn, zijn bij culpa niet vereist, maar juist het *ontbreken* van een bepaalde geestelijke gesteldheid wordt de dader aangerekend.²⁹

Van de schuldbegrippen opzet en culpa, die bij misdrijven als bestanddeel onderdeel zijn van de delictsomschrijving, moet het zogeheten *fundamentele schuldbegrip*, of schuld in ruime zin, worden onderscheiden. Deze vorm van schuld wordt ook wel aangeduid als ‘verwijtbaarheid’. De (subjectieve) verwijtbaarheid van een gedraging is gegrondvest op de vermijdbaarheid daarvan.³⁰ De dader had de strafbaar gestelde gevolgen van zijn gedragingen moeten en kunnen voorkomen. Deze vorm van schuld is weliswaar geen bestanddeel, maar vormt – zowel bij misdrijven als bij overtredingen – wel een van de elementen van het strafbare feit. Schuld in ruime zin wordt *verondersteld* aanwezig te zijn, indien is vastgesteld dat de gedraging voldoet aan alle bestanddelen van een delictsomschrijving. De rechter zal in dat geval alleen oordelen dat schuld in ruime zin ontbreekt, als de dader aannemelijk maakt dat sprake is van een schuld-uitsluitingsgrond.³¹

27. F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 22.

28. J. Rummeling, Mr. D. Hazewinkel-Suringa's *inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 201-202; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 105-107.

29. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 264 e.v.

30. J. Rummeling, Mr. D. Hazewinkel-Suringa's *inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 193; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 50.

31. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 237.

De gradaties van opzet

Van het begrip opzet worden binnen het strafrecht diverse gradaties onderscheiden.³² Allereerst opzet als oogmerk oftewel zuiver opzet: het willens en wetens handelen, ook wel aangeduid als ‘dolus generalis’. In de definitie van Kelk betekent zuivere opzet: *“handelen overeenkomstig plan, toeleg of voornemen, dat wil zeggen willens en wetens handelen, namelijk met het volle besef van zijn eigen wil en van de strekking van zijn handelen die in het verlengde van de wil is gelegen”*.³³

De tweede gradatie van opzet betreft noodzakelijkheids- of zekerheidsbewustzijn (ook wel ‘dolus indirectus’). Als bepaalde gevolgen noodzakelijkerwijs voortvloeien uit een gedraging en de dader mag worden geacht zich van deze gevolgen bewust te zijn geweest, dan moet het subject de gevolgen ook hebben gewild.

Een stap verder gaat het waarschijnlijkheidsbewustzijn, dat in het strafrecht eveneens onder het opzetbegrip wordt geschaard.³⁴ Er is sprake van waarschijnlijkheidsbewustzijn, als een bepaald gevolg weliswaar niet het zekere gevolg zal zijn van het handelen van de dader, maar dat gevolg *waarschijnlijk* uit zijn handelen zal voortvloeien en de dader zich van die waarschijnlijkheid bewust is.

De ondergrens van het opzet wordt gevormd door ‘mogelijkheidsbewustzijn’, maar dan uitsluitend indien aan enkele in de jurisprudentie tot stand gekomen vereisten is voldaan. De dader moet door middel van zijn gedraging willens en wetens de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat een bepaald gevolg zal intreden. Is aan die voorwaarden voldaan dan spreekt men van voorwaardelijk opzet (ofwel ‘dolus eventualis’). Als ondergrens van het opzetbegrip vormt het voorwaardelijk opzet tevens de afgrenzing met het domein van culpa, waarvan eveneens meerderde gradaties zijn te onderscheiden.³⁵ De bovengrens van culpa wordt gevormd door bewuste schuld. De scheidslijn tussen enerzijds voorwaardelijk opzet en anderzijds bewuste schuld is dun.

32. Zie voor de onderscheiden gradaties van opzet: J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 201-216; N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Kluwer 2012, p. 99-101; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 111-113; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 258.

33. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 258.

34. F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normatieve van het delictbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 316-327.

35. Zie over het onderscheid tussen bewuste en onbewuste schuld: J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 223-235; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 147-149; F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normatieve van het delictbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 20; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 286-289.

De Hoge Raad heeft met betrekking tot die scheidslijn geoordeeld dat voor de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet niet alleen is vereist dat de dader wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging *bewust heeft aanvaard*. Dat wil zeggen: *op de koop toe heeft genomen*. Uit de enkele omstandigheid dat wetenschap van de aanmerkelijke kans bij de dader aanwezig is, of bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard. Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld, maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest. Hierin ligt het genuanceerde onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld.³⁶ Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld, dan wel van voorwaardelijk opzet zal, als bijvoorbeeld de verklaringen van de dader of eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven over hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht van belang.

De gradaties van culpa

Zoals aangegeven wordt de bovengrens van culpa gevormd door bewuste schuld. De ondergrens van dit leerstuk wordt gevormd door onbewuste schuld. Van onbewuste schuld is sprake als de verdachte op grove wijze onachtzaam is geweest, oftewel als sprake is van een *aanmerkelijke onvoorzichtigheid*. Een lichte vorm van onachtzaamheid is derhalve niet voldoende.³⁷ Bij onbewuste schuld is niet vereist dat het subject zich van het onachtzame karakter van zijn gedraging bewust was, maar hij had dat gezien het door hem in het leven geroepen risico wel moeten zijn.³⁸

36. HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (HIV I). Vgl. J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 205.

37. J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 233; A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schuldsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008, p. 224-225; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 265-269.

38. De Jong betoogt dat de gemeenschappelijke deler van zowel onbewuste als bewuste schuld enerzijds en voorwaardelijk opzet anderzijds wordt gevormd door de 'aanmerkelijke kans' op een bepaald gevolg. Zie F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijbehorende aandacht voor de normativering van het delictbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2009, p. 23. Van Dijk betoogt echter dat bij culpoze delicten een minder grote 'kans' op een bepaald gevolg vereist is dan bij doleuze delicten. Zie A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schuldsluitingsgronden en straf*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008 (diss. Groningen), p. 49-54.

Een vreemde eend in de bijt vormt het begrip roekeloosheid, dat eveneens onder culpa moet worden geschaard.³⁹ Deze schuldgradatie kan sinds 2006 bij enkele culpoze delicten een strafverzwarende omstandigheid vormen.⁴⁰ Volgens de wetgever vereist roekeloosheid niet slechts een aanmerkelijke onvoorzichtigheid, maar een zeer ernstig gebrek aan zorgvuldigheid. Volgens de wetgever gaat het, anders gezegd, binnen de grenzen van het culpose delict om het zwaarste verwijt dat iemand kan worden gemaakt.⁴¹ De Hoge Raad heeft roekeloosheid inmiddels van een nadere invulling voorzien. Van deze schuldvorm is volgens de Hoge Raad slechts in uitzonderlijke gevallen sprake. Het begrip valt niet noodzakelijkerwijs samen met wat in het normale spraakgebruik onder 'roekeloos' – in de betekenis van 'onberaden' – wordt verstaan. Volgens de Hoge Raad moet de rechter, om tot het oordeel te kunnen komen dat in een concreet geval sprake is van roekeloosheid, zodanige feiten en omstandigheden vaststellen dat daaruit is af te leiden dat door de *buitengewoon onvoorzichtige gedraging* van de verdachte *een zeer ernstig gevaar* in het leven is geroepen, alsmede dat de verdachte zich daarvan bewust was, *althans had moeten zijn*.⁴²

De ondergrens van het opzetbegrip: voorwaardelijk opzet

Zoals hiervoor uiteengezet vormt het begrip voorwaardelijk opzet de ondergrens van het strafrechtelijke opzetbegrip. Omdat blijkens de parlementaire geschiedenis ook het verzekeringsrechtelijke opzetbegrip het voorwaardelijk opzet omvat, is het ook in het kader van het verzekeringsrecht van belang om het begrip voorwaardelijk opzet nader te verkennen.

Men is het er in de strafrechtelijke literatuur over eens dat het 'subjectieve' of 'daderintrinsic moment' van het opzet niet of nauwelijks langs 'wetenschappelijk aanvaardbare' wegen aan de oppervlakte behoeft te treden. Als dit wel het geval zou zijn, dan zou het rechterlijk oordeel over het opzet in vergaande mate worden 'verpsychologiseerd'. Daarom wordt binnen de strafrechtelijke literatuur breed aanvaard dat het strafrechtelijke opzetbegrip niet zuiver psychologisch van aard is. De aanwezigheid van opzet kan blijken uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.⁴³ Hierdoor krijgt het opzetbegrip noodzakelijkerwijs een andere betekenis dan opzet in het algemeen spraakgebruik. Het begrip moet in de praktijk hanteerbaar zijn. Dat komt met name tot uiting bij het begrip 'voorwaardelijk opzet', dat met recht een 'juridische constructie' mag worden genoemd. Het begrip

39. Zie over dit criterium onder andere J.H. Vellinga, 'Roekeloosheid in vormen', VR 2017, p. 246-258.

40. Zie artikelen 307 en 308 Sr en artikel 175 WvW.

41. Kamerstukken II 2001/02, 28 484, 3, p. 12.

42. HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 27, m.nt. Keijzer en van dezelfde datum NJ 2014, 28 en NJ 2014, 29.

43. D.H. de Jong, 'Het strafrechtelijk opzet anno 2003: Vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?', RM Themis 2004/2, p. 76-78; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 180-185; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 232-233.

is een instrument ten behoeve van de bewijsmotivering van het opzet. Deze constructie ontslaat de rechter van de last te bewijzen dat de dader willens en wetens bepaalde strafbare gevolgen heeft veroorzaakt of willens en wetens een als zodanig strafbaar gestelde handeling heeft verricht. Dankzij de constructie van voorwaardelijk opzet kan de rechter, ter motivering van zijn overtuiging dat de verdachte opzettelijk heeft gehandeld of nagelaten, volstaan met de ‘simpele’ vaststelling dat de verdachte tenminste de *aanmerkelijke kans* op bepaald strafrechtelijk relevante gevolgen *bewust* heeft *aanvaard*. Daarmee heeft voorwaardelijk opzet een objectieve component, die is gelegen in de vaststelling van een aanmerkelijke kans en een subjectieve (psychische) component, die bestaat uit het vereiste dat de verdachte de aanmerkelijke kans *bewust aanvaardt*.⁴⁴

De aanmerkelijke kans

Het gehanteerde criterium roept in de eerste plaats de vraag op wat precies onder de term aanmerkelijke kans moet worden verstaan. In de literatuur kunnen op hoofdlijnen twee benaderingen worden onderscheiden: de kwalitatieve en de kwantitatieve benadering. De kwantitatieve benadering houdt in dat een kans eerst als ‘aanmerkelijk’ wordt beschouwd, als de kans op het intreden van het strafbare gevolg *naar objectieve maatstaven* aanzienlijk is.⁴⁵ Dit betekent dat – anders dan bij de kwalitatieve benadering – de aanmerkelijke kans in de kwantitatieve benadering geen normatieve lading krijgt.

De kwalitatieve benadering houdt in dat een kans als aanmerkelijk beschouwd wordt, zodra op basis van normatieve overwegingen kan worden gesteld dat die kans ethisch of maatschappelijk onaanvaardbaar is.⁴⁶ Dit betekent dat een kans niet als aanmerkelijk wordt aangemerkt omdat deze een bepaalde – naar objectieve maatstaven onaanvaardbare – waarschijnlijkheid heeft, maar omdat hij op morele gronden onaanvaardbaar is. Als de aanvaardbaarheid van een kans kwalitatief wordt benaderd, kan de kans dus ook als aanmerkelijk worden bestempeld als deze objectief of statistisch gezien uiterst klein is. De aanvaardbaarheid van de kans wordt bij de kwalitatieve benadering in grote mate bepaald door de inhoud van het rechtsbelang dat in het geding is. Hoe zwaarder het beschermde rechtsbe-

44. F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 344-350. Zie ook P.J.H.M. Brouns, ‘Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006’, *DD* 2006/66, p. 921 e.v.

45. F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 328.

46. F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2009, p. 328-329.

lang weegt, des te beperkter zullen de eisen zijn die worden gesteld aan het door de dader genomen risico.

De Hoge Raad heeft in een serie HIV-gerelateerde arresten meer duidelijkheid gegeven over de wijze waarop de aanmerkelijke kans moet worden benaderd. In het arrest HIV I ging het om een man die wist dat hij seropositief was en toch onbeschermd seksueel contact had met een andere man. De verdachte werd poging tot doodslag ten laste gelegd, hetgeen het hof bewezen achtte. De Hoge Raad oordeelde echter anders.

De Hoge Raad heeft in het arrest HIV I een duidelijke keuze gemaakt voor een kwantitatieve benadering van de aanmerkelijke kans. De Hoge Raad oordeelde over dit vereiste als volgt:

“De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip “aanmerkelijke kans” afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten.”⁴⁷

Het moet volgens de Hoge Raad dus gaan om een ‘naar algemene ervaringsregels’ als aanmerkelijk te achten kans. Het arrest van het hof sneuvelde, omdat de Hoge Raad oordeelde dat de enkele vaststelling dat er bij onbeschermd seksueel contact een kans op besmetting met het HIV-virus bestaat, de conclusie niet kan dragen dat de verdachte door zijn gedrag de aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen dat het slachtoffer AIDS zou krijgen en diens gevolge zou komen te overlijden. niet kon dragen. Zeker als daarbij mede in aanmerking worden genomen de lange incubatietijd van het virus en de toen bestaande onzekerheid over de vraag of de anti-HIV-behandelingen het optreden van AIDS blijvend konden voorkomen.

De Hoge Raad hanteerde dezelfde benadering in het vergelijkbare arrest HIV II.⁴⁸ Ook in dit arrest vormde de aanmerkelijke kans het struikelblok voor het aannemen van poging tot doodslag. In het arrest HIV III, dat een voortzetting was de zaak in het arrest HIV I, ging het niet langer om het delict poging tot doodslag, maar om poging tot zware mishandeling. Dit betekende dat de kans op overlijden als gevolg van AIDS niet langer bij de beoordeling van de aanmerkelijke kans behoefte te worden betrokken. De Hoge Raad had in de arresten HIV I en HIV II al geoordeeld dat besmetting van een ander met het HIV-virus in beginsel het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel oplevert. Het verwijzingshof oordeelde dat

47. HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (HIV I).

48. HR 24 juni 2003, NJ 2003, 555 (HIV II).

sprake was van een aanmerkelijke kans op besmetting, waarbij het zich baseerde op de door het hof ingeschakelde deskundige. Deze deskundige gaf aan dat de kans op overdracht van het HIV-virus van de actieve partner aan een passieve partner ongeveer 1 op 200 tot 1 op 300 per seksueel contact bedraagt. Deze kans werd in de medische wereld volgens de deskundige als groot beschouwd. Als de passieve partner de drager is van het virus, dan is de kans 2 tot 2,5 keer kleiner dan andersom (dus 1 op 500). In casu had alleen deze laatste situatie zich voorgedaan. Het hof kwam toch tot de conclusie dat deze kans op besmetting als aanmerkelijke moest worden beschouwd.

De Hoge Raad ging hier niet in mee. Volgens de Hoge Raad kon uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen weliswaar worden afgeleid dat de verdachte door de bewezenverklaarde gedragingen het gevaar in het leven heeft geroepen dat het slachtoffer met het HIV-virus besmet zou raken, maar dat sprake was van een aanmerkelijke kans op zodanige besmetting kon noch uit die bewijsmiddelen, noch uit de nadere bewijsoverweging van het hof volgen. De Hoge Raad oordeelde:

“Dat het aangaan van onbeschermd seksuele contacten door iemand die met het HIV-virus is besmet gevaarzettend is, brengt op zichzelf nog niet mee dat door de desbetreffende seksuele gedragingen een zodanige kans op besmetting met het HIV-virus – en dus op het oplopen van zwaar lichamelijk letsel – in het leven wordt geroepen dat deze bij beantwoording van de vraag of van voorwaardelijk opzet sprake is, naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk kan worden beschouwd.

*Onder bijzondere, risicoverhogende, omstandigheden kan dat anders zijn, doch daaromtrent heeft het Hof niets vastgesteld, noch in de bewijsmiddelen, noch in de nadere bewijsoverwegingen. Het middel is dus in zoverre terecht voorgesteld.”*⁴⁹

De laatste van de serie van HIV-gerelateerde arresten betreft het HIV IV-arrest.⁵⁰ De bij dit arrest behorende casus wijkt af van de eerdere HIV-arresten. De verdachte had gedurende een periode van ongeveer zes maanden een relatie gehad met een andere man en bewust gelogen over zijn seropositiviteit. Gedurende deze periode hebben de partners meerdere keren onbeschermd seksueel contact gehad en is het slachtoffer met het HIV-virus besmet geraakt. Om die reden is de verdachte niet alleen poging tot zware mishandeling, maar ook het voltooide delict ten laste gelegd. Het hof oordeelde dat – in vergelijking met het arrest HIV III – het feit dat de verdachte en het slachtoffer tijdens hun relatie veelvuldig seksueel contact hadden, gold als een bijzondere risicoverhogende omstandigheid.

Ook dit oordeel liet de Hoge Raad niet in stand. Dat sprake was van een zodanig aanmerkelijke kans op besmetting dat voorwaardelijk opzet in een geval als het

49. HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154, m.nt. De Jong (HIV III).

50. HR 20 februari 2007, NJ 2007, 313, m.nt. Buruma.

onderhavige kon worden aangenomen, kon volgens de Hoge Raad uit de bewijsmiddelen noch uit de nadere bewijsoverweging van het hof worden afgeleid. Aan de statistische gegevens waarvan het hof gebruik had gemaakt, kwam onvoldoende gewicht toe om op grond daarvan de aanmerkelijke kans aanwezig te achten. Dat de verdachte en zijn partner veelvuldig seksueel contact hadden, kon volgens de Hoge Raad weliswaar als een zekere verhoging van vorenbedoeld risico worden beschouwd, maar niet worden aangemerkt als een bijzondere, risico-verhogende omstandigheid.

Van Dijk meent dat de Hoge Raad hiermee de cumulatieve kans van *veelvuldig* seksueel contact behoorlijk bagatelliseert door te spreken van een 'een zekere verhoging'.⁵¹ Hij wijst er terecht op dat cumulatieve kansgroottes van iets hoger dan respectievelijk 10%, 25%, 50% of 70% kunnen worden bereikt indien een kans van 0,5% (1 op 200) respectievelijk 22 keer, 58 keer, 139 keer of 241 keer wordt genomen. Dit gaat volgens hem niet alleen om substantiële verhogingen, maar ook om kansgroottes die op zichzelf beschouw substantieel genoemd mogen worden.⁵²

Wat hiervan ook zij, de HIV-jurisprudentie roept de vraag op of, dan wel in hoeverre, het mogelijk is om statistiek en kansberekeningen van doorslaggevende betekenis te laten zijn bij de vaststelling van een aanmerkelijke kans. De Hullu meent dat het niet vruchtbaar is om teveel nadruk te leggen op precieze percentages. De nadere ijkpunten van de Hoge Raad voor het vaststellen van een aanmerkelijke kans – de aard van de gedraging, omstandigheden van het geval en algemene ervaringsregels – passen volgens hem doorgaans beter dan precieze percentages, al verschaffen die ijkpunten maar beperkte helderheid en kunnen zij aan rechterlijke oordelen wel eens het karakter van een machtswoord geven.⁵³ Van Dijk is zelfs van mening dat helemaal geen objectief kansvereiste zou moeten gelden.⁵⁴

51. A.A. van Dijk, *Opzet, kans en keuzes: een analyse van doodslag in het verkeer*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, 69-70. Vgl. C.M.I van Asperen, 'De statistische kans op HIV-besmetting', *DD* 2007/70, p. 851-864.

52. De Hoge Raad lijkt in de HIV-gerelateerde zaken uiteindelijk niet de statistische kans op besmetting, maar algemene volksgezondheidsbelangen de doorslag te hebben laten geven. De Hoge Raad gaf in het arrest HIV III al aan dat hij de vraag of en zo ja in hoeverre het aangewezen is strafrechtelijke bescherming te bieden in verband met het gevaar dat voortvloeit uit het aangaan van onbeschermd seksuele contacten door een persoon die besmet is met het HIV-virus, ter beoordeling van de wetgever staat. In HIV IV oordeelde de Hoge Raad dat in verband met volksgezondheidsbelangen terughoudendheid geboden is. In dat licht bezien kwam aan de statische gegevens die het hof had laten meewegen bij het aanvaarden van strafrechtelijke aansprakelijkheid 'voor gevaarzettende gedragingen als de onderhavige' onvoldoende gewicht toe.

53. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 209 e.v.

54. A.A. van Dijk, *Opzet, kans en keuzes: een analyse van doodslag in het verkeer*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 347-357.

In zijn conclusie voor een arrest van 29 mei 2018 heeft A-G Keulen de Hoge Raad uitgenodigd om aan de aanmerkelijke kans een concretere invulling te geven dan een ‘naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk te achten kans’. De A-G gaf aan dat het ook hem voorkwam dat het voor veel gevallen lastig zal zijn om te preciseren welke kans de verdachte heeft aanvaard. Het was volgens hem evenwel de vraag of de eis van een naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten kans toestaat het concept van een in een percentage uit te drukken kans volledig los te laten. Als wordt aangenomen dat de grootte van de kans op een zeker gevolg bepalend is voor het antwoord op de vraag of een gedraging met voorwaardelijk opzet is gepleegd, zal volgens de A-G duidelijk zijn dat de grootte van een aan de aanmerkelijke kans gekoppeld percentage van belang kan zijn voor de beslissing in een strafzaak. Een verdachte die wordt berecht door een rechter die de ondergrens van de aanmerkelijke kans stelt op 10% staat er duidelijk anders voor dan een verdachte die wordt berecht door een rechter die de ondergrens op 80% stelt.⁵⁵

De Hoge Raad heeft in het hiervoor aangehaalde arrest tot op zekere hoogte duidelijkheid gegeven. Het ging in de betreffende zaak om een verdachte die zijn honden – drie American Staffordshires – niet aangelijnd had tijdens het uitlaten en die de hond van een andere voorbijganger dodelijk hadden verwond. De verdachte werd ten laste gelegd dat hij ‘geen voldoende zorg had gedragen voor het onschadelijk houden van onder zijn hoede staande gevaarlijke dieren’, hetgeen op grond van artikel 425 Sr als misdrijf strafbaar is gesteld. De honden in kwestie waren al eerder bij een bijtincident betrokken geweest en als gevolg daarvan is de eigenaar van de honden (de vader van de verdachte) geadviseerd de honden aangelijnd te houden. De verdachte was van zowel het eerdere bijtincident als van het advies op de hoogte. De vraag die in cassatie aan de Hoge Raad voorlag, was of sprake was van het in het bestreden arrest bewezen geachte voorwaardelijk opzet. Daarvoor was immers vereist dat er – door de honden niet aangelijnd uit te laten – een aanmerkelijke kans bestond dat de honden schade zouden aanrichten. Na de criteria uit het arrest HIV I te hebben herhaald, overwoog de Hoge Raad als volgt:

“In de conclusie van de Advocaat-Generaal wordt de vraag opgeworpen of nadere algemene aanknopingspunten kunnen worden gegeven om te bepalen onder welke omstandigheden sprake is van een aanmerkelijke kans als hiervoor bedoeld. Daarentrent merkt de Hoge Raad het volgende op. Onder ‘de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans’ dient te worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid. Met de thans gebruikelijke formulering van de maatstaf van de aanmerkelijke kans is geen wezenlijk andere of grotere mate van waarschijnlijkheid tot uitdrukking gebracht dan met de in oudere rechtspraak, zoals in HR 9 november 1954, NJ 1955/55, gebruikte formulering “de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans”.

55. Zie HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718 en de conclusie van A-G Keulen bij dit arrest.

De Hoge Raad kan geen algemene regels geven over de exacte grootte van de kans die in het algemeen of voor een bepaald type delict minimaal vereist zou zijn, laat staan deze kans in een percentage uitdrukken."

De Hoge Raad weigert derhalve algemene regels te geven over de exacte grootte van de vereiste kans. Wel blijkt uit de formulering van de Hoge Raad dat aan de aanmerkelijke kans niet al te hoge eisen moeten worden gesteld: een reële mogelijkheid is kennelijk voldoende.

De bewuste aanvaarding

De tweede vraag die de gangbare formule voor voorwaardelijk opzet oproept, is hoe moet worden vastgesteld dat de verdachte de aanmerkelijke kans bewust heeft aanvaard (de subjectieve component van voorwaardelijk opzet).

In de praktijk worden de bewustheid en de aanvaarding afgeleid uit *uiterlijke* feiten en omstandigheden. Dit betekent dat uit de wijze waarop de verdachte zich heeft gedragen wordt afgeleid welke psychische toestand aan zijn gedragingen ten grondslag moet hebben gelegen.⁵⁶ De Hoge Raad heeft deze wijze van bewijsvoering in het arrest HIV I expliciet aanvaard. Hij heeft er in dit arrest op gewezen dat er een onderscheid bestaat tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. In dit verband merkt de Hoge Raad het volgende op:

"Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.

Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (groeve) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.

Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de

56. Vgl. J.M. Reijntjes, 'Het aantonen van opzet. Over de verhouding tussen vorm en materie in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 475-476; P.J.H.M. Brouns, 'Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006', *DD* 2006/66, p. 921 e.v.

omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.⁵⁷

Ten aanzien van het vaststellen van de bewuste aanvaarding kunnen uit de overwegingen van de Hoge Raad twee conclusies worden getrokken. In de eerste plaats merkt de Hoge Raad op dat de bewustheid van de aanmerkelijke kans bij de verdachte kan worden *verondersteld*. Dit betekent dat het niet nodig is daadwerkelijk de psyche van de verdachte te onderzoeken. De bewustheid kan in het licht van feiten en omstandigheden waaronder de gedraging van de verdachte heeft plaatsgevonden aanwezig worden geacht.

In de tweede plaats merkt de Hoge Raad over het tweede onderdeel van de psychische component van voorwaardelijk opzet – de aanvaarding – op dat de *feitelijke omstandigheden van het geval* kunnen worden betrokken bij de beantwoording van de vraag wat ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan. In het bijzonder zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht van belang, omdat bepaalde gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg, dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard. Overigens vormen de uitwendige feitelijke omstandigheden van het geval niet het enige middel om de aanvaarding van de aanmerkelijke kans door de verdachte te toetsen. Zij vormen een aanvulling als inzicht in de psyche van de verdachte (bijvoorbeeld door verklaringen van de verdachte of eventuele getuigenverklaringen) onvoldoende aanknopingspunten biedt. Dit blijkt bovendien uit het feit dat de Hoge Raad wijst op de mogelijkheid van contra-indicaties.

De betekenis van het strafrecht voor het verzekeringsrecht

Nu hiervoor is uiteengezet wat in het strafrecht onder opzet en culpa wordt verstaan, rijst de vraag of en zo ja, in hoeverre, een en ander van overeenkomstige toepassing is op het verzekeringsrecht. De wetgever heeft namelijk weliswaar overwogen dat het begrip opzet in het verzekeringsrecht verwant is aan de begrippen opzet en voorwaardelijke opzet in strafrechtelijke zin en dat het opzetbegrip in artikel 7:952 BW ook de gradaties van opzet als oogmerk, opzet als zekerheidsbewustzijn en voorwaardelijk opzet omvat; de wetgever heeft echter ook opgemerkt dat *de specifieke invulling van deze begrippen telkens afhankelijk is van het rechtsgebied*

57. HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (HIV I).

waar zij worden gehanteerd.⁵⁸ De wetgever heeft niet uitgelegd wat met die laatste toevoeging wordt bedoeld.

Dat opzet in het verzekeringsrecht en in het strafrecht niet *precies* dezelfde betekenis heeft, is onvermijdelijk gezien de verschillende context waarin de onderscheiden rechtsgebieden functioneren. Zo is een belangrijk onderscheid tussen het verzekeringsrecht en het strafrecht dat het laatstgenoemde rechtsgebied zich bezighoudt met de vraag of een *gedraging op zichzelf* strafwaardig is, terwijl het verzekeringsrecht zich bezighoudt met de vraag voor wiens rekening *de gevolgen van* een gedraging (meer in het bijzonder: schade) moet komen. Dit leidt ertoe dat het leerstuk (voorwaardelijk) opzet in het strafrecht ook wordt gebruikt binnen de figuur *poging*. Als een verdachte de aanmerkelijke kans op een strafbaar gesteld gevolg bewust aanvaardt en met zijn gedraging een begin van uitvoering geeft aan een misdrijf, maar de aanmerkelijke kans verwezenlijkt zich in de praktijk niet, dan kan de verdachte worden veroordeeld voor poging tot het betreffende misdrijf. In het verzekeringsrecht heeft het leerstuk poging geen juridisch relevante betekenis. De vraag of schade het gevolg is van opzet of roekeloosheid van de verzekerde zal immers pas opkomen, zodra vaststaat dat de aanmerkelijke kans op schade zich in de praktijk ook heeft verwezenlijkt.

Verder speelt het opzetbegrip in het verzekeringsrecht een rol bij andere type gedragingen dan in het strafrecht. In het verzekeringsrecht is alleen de vraag van belang of de gedraging schade tot gevolg heeft gehad en dus of die schade het gevolg is van opzet (of roekeloosheid) van de verzekerde. In het strafrecht bestaat er een grotere verscheidenheid aan juridisch relevante (strafbaar gestelde) gevolgen van de gedraging, afhankelijk van de delictsomschrijving. Zo kan voorwaardelijk opzet in het strafrecht ook gericht zijn op bedreiging (artikel 284 Sr), belediging (261 Sr) of bedrog (326 Sr). Het ligt voor de hand dat (voorwaardelijk) opzet in de context van dergelijke delicten een andere specifieke inhoud krijgt dan in de context van opzettelijk veroorzaakte schade.

Hiervoor is uiteengezet welke vereisten gelden voor voorwaardelijk opzet in het strafrecht en hoe wordt vastgesteld dat aan die vereisten is voldaan. Een aanmerkelijke kans op een strafbaar gesteld gevolg is aanwezig als sprake is van een reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid. Van bewuste aanvaarding is sprake als de verdachte enerzijds wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans, althans dat die wetenschap bij de verdachte moet worden verondersteld en anderzijds de gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het

58. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 19.

desbetreffende gevolg heeft aanvaard. Hoe deze vereisten in een specifieke casus moeten worden ingevuld zal afhangen van de feitelijke context van de gedraging en het type misdrijf in kwestie. Een reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid op belediging moet op basis van heel andere ervaringsregels worden vastgesteld dan een soortgelijke mogelijkheid op schade. En de vraag of een gedraging naar zijn uiterlijke verschijningsvorm 'zo zeer gericht is' op bedreiging of bedrog, zal moeten worden beantwoord met behulp van andere 'uitwendigheden', dan de vraag of een gedraging gericht is op het veroorzaken van schade.

In het licht van het voorgaande is het logisch dat de specifieke invulling van (voorwaardelijk) opzet steeds afhankelijk is van het rechtsgebied waar het wordt gehanteerd. Sterker nog: zelfs binnen het verzekeringsrecht of het strafrecht zal de specifieke invulling afhankelijk zijn van de wettelijke bepaling, de feitelijke context, het type gedraging en het soort gevolg. Een vergelijking *in concreto* tussen het opzetbegrip in het verzekeringsrecht en het strafrecht gaat daarom in veel gevallen niet op. Dat neemt niet weg dat een vergelijking op het niveau van de abstracte definitie wel degelijk mogelijk is. Dit betekent dat ook in het verzekeringsrecht de ondergrens van het opzetbegrip ex artikel 7:952 BW wordt gevormd door voorwaardelijk opzet; dat hiervoor vereist is dat de verzekerde een aanmerkelijke (d.w.z.: reële, niet onwaarschijnlijke) kans bewust heeft aanvaard en dat men voor de vaststelling hiervan kan terugvallen op algemene ervaringsregels en de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Een vergelijking die verder gaat dan deze omschrijving *in abstracto* valt echter niet te maken.

3.2.4 *Rechtspraak Hoge Raad*

Tot op heden heeft de Hoge Raad zich nog niet inhoudelijk uitgelaten over het criterium opzet of roekeloosheid in artikel 7:952 BW. Een van de verklaringen daarvoor zou kunnen zijn dat in de praktijk niet zelden contractueel wordt afgeweken van het wettelijke criterium.

De Hoge Raad over de opzetclausule in de AVP-polis

De Hoge Raad heeft zich wel herhaaldelijk uitgelaten over de zogeheten 'opzetclausule' in het standaardpolismodel Aansprakelijkheidsverzekering voor Particulieren (AVP) dat is opgesteld door het Verbond van Verzekeraars. Deze uitleg kan inzicht bieden in de wijze waarop het opzetcriterium volgens Hoge Raad in het verzekeringsrecht moet worden uitgelegd. De opzetclausule in de oude versie van het standaardpolismodel AVP luidde als volgt:

"Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade die voor hem/haar het beoogde of zekere gevolg is van zijn/haar handelen of nalaten."

Het arrest Nationale Nederlanden/Veerman

De Hoge Raad heeft zich voor het eerst over de uitleg van deze clausule uitgelaten in het arrest Nationale Nederlanden/Veerman.⁵⁹ In deze zaak ging het om een man – Veerman, kennelijk een voormalig amateurbokser – die tijdens een onenigheid bij een café een van de aanwezigen met een gerichte slag op het rechteroog had geslagen. Als gevolg hiervan heeft het slachtoffer ernstig en blijvend oogletsel opgelopen. Nadat Veerman veroordeeld was tot betaling van een schadevergoeding aan het slachtoffer, heeft Veerman een beroep gedaan op de bij Nationale Nederlanden afgesloten AVP-polis. Nationale Nederlanden weigerde uitkering met een beroep op de in de polisvoorwaarden opgenomen opzetclausule. In de uit dit geschil voortvloeiende procedure oordeelde het hof dat Nationale Nederlanden geen beroep op de opzetclausule toekwam. Het hof overwoog dat de door Veerman gegeven klap weliswaar ‘opzettelijk en trefzeker’ was geplaatst, maar dat de ernst van het aan het slachtoffer toegebrachte letsel in geen enkele verhouding stond tot de ernst van de mishandeling. Dit ernstige letsel was eerder het gevolg van extra kwetsbaarheid van het rechteroog van het slachtoffer (deze had korte tijd daarvoor een operatie ondergaan).

In cassatie stelde Nationale Nederlanden zich op het standpunt dat wanneer vaststond dat een opzettelijke handeling letsel tot gevolg heeft gehad, de verzekeraar zich op de opzetclausule zou moeten kunnen beroepen; ook als is gebleken dat het toegebrachte letsel aanzienlijk ernstiger was dan redelijkerwijs was te verwachten, zodat in zoverre geen sprake was van aan de opzettelijke handeling inherente gevolgen. De Hoge Raad volgde dit betoog niet. Volgens de Hoge Raad had het hof terecht als uitgangspunt genomen dat de opzetclausule alleen dekking van aansprakelijkheid uitsloot, als de verzekerde het letsel beoogde toe te brengen of als de verzekerde zich bewust was dat het letsel, zoals zich dat *in concreto* had voorgedaan, het gevolg van zijn handelen zou zijn. De Hoge Raad legde de opzetclausule dus zo uit, dat alleen zuiver opzettelijk handelen en een beperkte vorm van zekerheidsbewustzijn van dekking waren uitgesloten.

In zijn annotatie onder het arrest Nationale Nederlanden/Veerman vroeg Mendel zich af of de Hoge Raad in het arrest de door hem verdedigde ‘categoriebenadering’ had toegepast.⁶⁰ De categoriebenadering houdt in dat een verzekerde zich niet bewust hoeft te zijn van het exacte letsel zoals zich dat *in concreto* heeft voorgedaan, maar wel van het feit dat het toe te brengen letsel zich binnen een bepaalde categorie zou bevinden. Aan klappen met een honkbalknuppel, zo stelde Mendel, pleegt bijvoorbeeld een ernstiger categorie van gevolgen verbonden te zijn dan aan klappen met de vlakke hand. Als de verzekerde wist dat hij met zijn han-

59. HR 18 oktober 1996, NJ 1997, 326, m.nt. Mendel (Nationale Nederlanden/Veerman).

60. M.M. Mendel in zijn annotatie bij HR 18 oktober 1996, NJ 1997, 326 (Nationale Nederlanden/Veerman).

deling ernstig letsel zou toebrengen en zich in werkelijkheid ook letsel binnen die categorie heeft voorgedaan, kan volgens de categoriebenadering een beroep worden gedaan op de opzetclausule, zonder dat de verzekeraar bij de verzekerde bewustheid van de exacte aard van het letsel hoeft aan te tonen. Zou echter slechts kunnen worden aangetoond dat de verzekerde zich bewust was van het feit dat zijn handelen een lichte vorm van letsel tot gevolg zou hebben, terwijl zich in werkelijkheid een ernstige vorm van letsel heeft voorgedaan, dan is een beroep op de opzetclausule niet mogelijk.

Arrest Aegon/Van der Linden

In het arrest Aegon/Van der Linden heeft de Hoge Raad de categoriebenadering – in de woorden van Mendel – ‘categorisch afgewezen’.⁶¹ Ook in deze zaak ging het om een handgemeen dat had plaatsgevonden bij een café. De verzekerde had het slachtoffer, Van der Linden, in het gezicht geslagen, gestompt en getrapt, als gevolg waarvan hij diverse scheurvormige vleeswonden had opgelopen aan het aangezicht. Op enig moment heeft de verzekerde, die een AVP-polis had afgesloten bij Aegon, zijn vorderingen uit de verzekeringspolis aan Van der Linden gecedeerd. Aegon heeft zich tegenover Van der Linden beroepen op de opzetclausule, met de stelling dat de geleden schade het beoogde, althans het zekere gevolg was van het handelen van de verzekerde. In het in cassatie bestreden arrest oordeelde het hof dat de opzetclausule schade die ‘normalerwijze als gevolg van de opzettelijk verrichte handeling te verwachten’ was van dekking uitsluit. Naar het oordeel van het hof moest met betrekking tot het zekerheidsbewustzijn een strenger criterium worden gevolgd. Volgens het hof zou eerst dan sprake zijn van opzet als zekerheidsbewustzijn ‘indien de handelingen zoals die hebben plaatsgevonden tot het zekere gevolg zouden leiden dat een letsel *als het onderhavige* zou ontstaan’. Volgens het hof was uit de feiten niet op te maken dat het slaan met gebalde vuist voorzien van een ring, het uitdelen van een kniestoot en het trappen met de geschoeide voet tegen het hoofd van het slachtoffer tot het *zekere* gevolg zouden leiden, dat een letsel zoals door Van der Linden opgelopen zou worden toegebracht.

Aegon betoogde in cassatie dat het hof ten onrechte niet de categoriebenadering had toegepast. De Hoge Raad volgde het standpunt van Aegon niet. Hij oordeelde dat de opzetclausule in de AVP-polis geen verdere strekking heeft dan de aansprakelijkheid van een verzekerde uit te sluiten die het *in feite toegebrachte* letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn. De overwegingen van het hof getuigden aldus van een juiste rechtsopvatting. Daarbij merkte de Hoge Raad nog wel het volgende op:

61. HR 6 november 1998, NJ 1999, 220, m.nt. Mendel (Aegon/Van der Linden).

"Overigens verdient nog aantekening dat de rechter onder omstandigheden uit de gedragingen van de verzekerde kan afleiden dat deze het letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn."

Hoewel de door de Hoge Raad voorgeschreven lijn met betrekking tot het zekerheidsbewustzijn een strenge is,⁶² heeft deze laatste toevoeging ervoor gezorgd dat een beroep op de opzetclausule niet bij voorbaat vruchteloos is. Een tweetal door de Hoge Raad gewezen arresten getuigt daarvan.

Arresten Bastings/Interpolis en S./ABN Amro

In het arrest Bastings/Interpolis had verzekerde Bastings zijn buurman met een ijzeren staaf tegen het linkerbovenbeen geslagen, als gevolg waarvan dat bovenbeen is gebroken.⁶³ Bastings is in verband met dit incident strafrechtelijk veroordeeld voor zware mishandeling. Het slachtoffer heeft Bastings aangesproken voor de door hem geleden schade. Aangezien verzekeraar Interpolis zich met een beroep op de opzetclausule op het standpunt stelde dat de door Bastings toegebrachte schade niet gedekt was, heeft Bastings Interpolis in vrijwaring opgeroepen. Het hof heeft in het in cassatie bestreden arrest overwogen het door het slachtoffer opgelopen letsel ook voor Bastings het zekere gevolg van zijn handelen was, in die zin dat Bastings zich ervan bewust was dat het letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn. Het hof leidde dit af uit de gedraging van Bastings (het met zodanig geweld met twee handen met een ijzeren staaf slaan tegen een (boven)been, waardoor dit breekt) en de door Bastings direct na het voorval tegenover de politie afgelegde verklaring, die inhield dat hij zich realiseerde wat hij had gedaan. Ten aanzien van het tegen dit oordeelde gekeerde onderdeel van het cassatiemiddel oordeelde de Hoge Raad als volgt:

"Het Hof heeft vastgesteld dat Bastings met een ijzeren staaf die hij met twee handen vasthield zo hard tegen het bovenbeen van Haan heeft geslagen dat een botbreuk in dat bovenbeen is ontstaan. In het licht van deze vaststelling van het Hof, die erop neerkomt dat Bastings heeft geslagen met een voorwerp dat geëigend is om ernstig letsel toe te brengen en dat hij met grote kracht tegen het bovenbeen van Haan heeft geslagen, is het oordeel van het Hof dat Bastings zich ervan bewust was dat het in feite toegebrachte letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn, niet onbegrijpelijk."

Uit deze overweging lijkt te volgen dat de rechter relatief eenvoudig de bewustheid van de verzekerde uit zijn feitelijke gedragingen kan afleiden. Als de verze-

-
62. De Hoge Raad heeft deze lijn nog relatief recent bevestigd in HR 1 maart 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BY6783*, waarin het cassatieberoep overigens op grond van artikel 81 RO zonder motivering is afgedaan. Ook in het arrest HR 3 juni 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AT1736* had een beroep op de opzetclausule als gevolg van het strenge criterium van de Hoge Raad geen succes. Ook deze zaak werd op grond van artikel 81 RO zonder motivering door de Hoge Raad afgedaan.
63. HR 27 juni 2003, NJ 2005, 140 (Bastings/Interpolis).

kerde met een voor het toebrengen van het toegebrachte letsel geëigend middel doelgericht geweld gebruikt, mag de vereiste bewustheid volgens de Hoge Raad worden aangenomen.

Een soortgelijk oordeel kan worden gelezen in het arrest S./ABN AMRO.⁶⁴ In deze zaak ging het om een vrouw die door de verzekerde, tevens haar echtgenoot, met een vuisthamer op het hoofd was geslagen, als gevolg waarvan zij ernstig lichamelijk en psychisch letsel had opgelopen. In verband met de hieruit voortvloeiende strafzaak heeft het Pieter Baan Centrum een onderzoek uitgevoerd naar de geestelijke gesteldheid van de verzekerde. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de verzekerde ten tijde van het plegen van het hem ten laste gelegde feit weliswaar de ongeoorloofdheid hiervan heeft kunnen inzien, maar dat hij in mindere mate dan de gemiddelde mens in staat is geweest zijn wil in vrijheid – overeenkomstig een dergelijk besef – te bepalen. De onderzoekers concludeerden dat de verzekerde ten tijde van het plegen van het hem ten laste gelegde feit aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling van zijn geestvermogens leed, dat het ten laste gelegde feit – indien bewezen – hem slechts in sterk verminderde mate kon worden toegerekend. Met overneming van de conclusie van het Pieter Baan Centrum is de verzekerde in de strafzaak veroordeeld voor poging doodslag.

De verzekerde heeft zijn vordering in verband met het genoemde incident uit hoofde van de door hem bij ABN AMRO gesloten AVP-polis gecedeerd aan het slachtoffer. ABN AMRO deed een beroep op de opzetclausule. In de uit dit geschil voortvloeiende procedure oordeelde het hof dat bij onherroepelijke uitspraak van de strafrechter bewezen is verklaard dat de verzekerde opzettelijk heeft gehandeld en de gedragingen van de verzekerde een dusdanige kans schiepen op schade zoals door het slachtoffer geleden, dat die schade ook als een zeker gevolg van dat handelen kon worden beschouwd. Het strafrechtelijk bewezen opzet was volgens het hof daarom ook mede gericht op de door de verzekerde toegebrachte schade. De Hoge Raad oordeelde in cassatie als volgt:

“Onderdeel 2.3 faalt omdat het oordeel dat er in het onderhavige geval – iemand meermalen met een zware hamer op het hoofd slaan – aanleiding was om, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat het opzet van H. was gericht op het toebrengen van voormeld ernstig letsel, in die zin dat hij zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van dat slaan zou zijn, geen nadere motivering behoeft dan door het hof is gegeven.”

Overigens had het slachtoffer tevens een klacht gericht tegen het feit dat het hof, naar de verzekerde stelde, was voorbijgegaan aan de essentiële stelling dat de verzekerde op basis van het door het Pieter Baan Centrum vastgestelde verstoorde

64. HR 21 december 2007, NJ 2008, 283, m.nt. Mendel (S./ABN AMRO).

geestesvermogen geen verwijt kon worden gemaakt. De Hoge Raad ging hier niet in mee, omdat het hof het standpunt van het slachtoffer in hoger beroep zo had uitgelegd, dat het hof in verband met het verstoorde geestvermogen niet mocht aannemen dat de verzekerde met de vereiste bewustheid had gehandeld. Deze uitleg was voorbehouden aan het hof als feitenrechter, kon derhalve in cassatie niet worden getoetst en was bovendien – gelet op de inhoud van de gedingstukken – volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. Het lijkt er dus op dat het slachtoffer in hoger beroep op een wat ongelukkige wijze heeft geprocedeerd. Als zij zich in verband met de verminderde toerekeningsvatbaarheid van de verzekerde van meet af aan had gericht op de verwijtbaarheid van de verzekerde, in plaats van het bewustheidsvereiste, dan was niet ondenkbaar dat de procedure een andere uitkomst had gehad.⁶⁵

De nieuwe opzetclausule en het arrest Reaal Schadeverzekeringen/J.

De beperkte uitleg die de Hoge Raad in het arrest Aegon/Van der Linden aan de opzetclausule had gegeven stuitte in de literatuur op de nodige kritiek.⁶⁶ Ook bij verzekeraars stuitte de uitleg die de Hoge Raad aan de oude opzetclausule had gegeven op weerstand. De voornaamste kritiek van verzekeraars was dat hierdoor ‘crimineel gedrag’ als mishandeling, vandalisme, moord en doodslag *de facto* onder de dekking van de aansprakelijkheidsverzekering zou kunnen vallen. Om die reden heeft het Verbond van Verzekeraars in het jaar 2000 de tekst van de standaard opzetclausule gewijzigd.⁶⁷ Deze luidt thans als volgt:

“Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten.”

Het heeft tot 2018 geduurd voordat de Hoge Raad zich over de uitleg van de nieuwe opzetclausule heeft kunnen buigen. In het arrest Reaal Schadeverzekeringen/J. heeft de Hoge Raad de nieuwe opzetclausule aan een vrij uitvoerige beschouwing onderworpen.⁶⁸ Het ging in deze zaak om een vader, de verzekerde, die zijn zoon – een vijf maanden oude baby – enkele malen met kracht door elkaar had geschud. Als gevolg hiervan is het slachtoffer dezelfde dag nog opgenomen in het ziekenhuis, waar het zogeheten ‘shaken baby syndroom’ is vastgesteld. De ver-

65. Vgl. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 658, m.nt. Van der Grinten en *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 14.

66. Zie bijvoorbeeld Mendel in zijn annotatie bij HR 6 november 1998, NJ 1999, 220; M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 134-136; M.J. Tolman, ‘Opzetclausule scoort in blessuretijd; een beschouwing over de uitleg van polisvoorwaarden’, AV&S 2004, p. 157-165 en J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 282-287.

67. Zie over de achtergrond en de totstandkoming van de nieuwe opzetclausule: H.Th. Vos, ‘De gereviseerde opzetclausule’, *Vrb* 2000, p. 23-27.

68. HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601 (Reaal Schadeverzekeringen/J.).

zekerde verklaarde later bij de politie dat het hem, toen het niet lukte de baby te laten stoppen met huilen, waarschijnlijk teveel is geworden en hij de baby heeft geschud. Nadat hij zich tijdens het schudden realiseerde wat hij deed is de verzekerde direct gestopt met schudden. Toen de baby vervolgens in shock raakte heeft de verzekerde adequaat gereageerd en is onmiddellijk naar het ziekenhuis gereden. In de uit het incident voortvloeiende strafzaak is de verzekerde vrijgesproken van de opzetdelicten poging tot doodslag en poging tot zware mishandeling, maar is hij veroordeeld voor het schuld delict poging tot zware mishandeling. Als zijn wettelijke vertegenwoordiger stelde de moeder van het slachtoffer de verzekerde aansprakelijk. Verzekeraar Reaal weigerde vervolgens met een beroep op de opzetclausule tot uitkering over te gaan.

Reaal stelde zich op het standpunt dat het opzet volgens de nieuwe opzetclausule op het handelen gericht moet zijn. Volgens Reaal was niet in discussie dat de verzekerde het slachtoffer opzettelijk door elkaar heeft geschud. Daarnaast stelde Reaal dat dit handelen als wederrechtelijk moest worden gekwalificeerd, waarmee aan de vereisten uit de opzetclausule zou zijn voldaan. Het hof volgde dit standpunt niet. Het oordeelde dat de redactie van de nieuwe opzetclausule, het wettelijk kader en de bijbehorende parlementaire geschiedenis, de toelichting van het Verbond van Verzekeraars en de door Reaal gehanteerde Productwijzer, in onderling verband bezien, erop wezen dat opzettelijk en wederrechtelijk handelen of nalaten, voorwaardelijk opzet daaronder begrepen, van dekking waren uitgesloten. Reaal had volgens het hof in de civiele procedure geen feiten of omstandigheden aangevoerd die konden leiden tot het oordeel dat het handelen van de verzekerde, dat in de strafzaak als aanmerkelijk onvoorzichtig is aangemerkt, als (al dan niet voorwaardelijk) opzet viel aan te merken in de zin van de nieuwe opzetclausule.

In cassatie stelde Reaal zich op het standpunt, dat het hof had miskend dat het opzet in de zin van de nieuwe opzetclausule blijkens de toelichting gericht moet zijn op de gedraging van de verzekerde en niet op het daardoor teweeggebrachte gevolg. Volgens de Hoge Raad blijkt uit de toelichting inderdaad dat het opzet gericht moet zijn op de gedraging, maar hij wees ook op het volgende voorbeeld uit diezelfde toelichting:

“De fietser die met opzet door het rode licht rijdt en vervolgens een voetganger verwondt, kan niet met een beroep op de opzetclausule worden geconfronteerd. In het voorbeeld is het opzet van de fietser gericht op het door rood licht rijden en niet op het verwonden van de voetganger.”

Volgens de Hoge Raad laat dit voorbeeld zien dat zowel een meer objectieve als een meer subjectieve uitwerking denkbaar is. De Hoge Raad overwoog:

“Dat het opzet van de fietser “niet gericht is op het verwonden van de voetganger”, zoals de Toelichting vermeldt, kan immers niet zonder meer uit de gedraging zelf (door rood rijden) afgeleid worden, maar hangt ook af van de bedoeling waarmee de fietser opzettelijk door rood rijdt, met andere woorden van de vraag of zijn opzet al dan niet gericht is op het gevolg (letsel van de voetganger). Indien dat laatste niet het geval is, zou gezegd kunnen worden dat het door rood licht rijden weliswaar opzettelijk is gedaan, maar niet ‘tegen een persoon of zaak is gericht’. Denkbaar is tevens dat de Toelichting ‘het verwonden van de voetganger’ niet ziet als een gevolg van het opzettelijk door rood licht rijden, maar als een daarvan losstaande gedraging die (anders dan het door rood licht rijden) niet opzettelijk is verricht en om die reden niet door de opzetclausule bestreken wordt. Ook zodanig onderscheid is echter niet duidelijk te maken zonder erbij te betrekken welke bedoeling de fietser had met het opzettelijk door rood rijden.

Uit een en ander blijkt dat niet steeds een scherp onderscheid gemaakt kan worden tussen opzet gericht op de gedraging en opzet gericht op het gevolg. In verband hiermee is van belang dat de woorden in de opzetclausule ‘tegen een persoon of zaak gericht’, ook zo kunnen worden gelezen dat vereist is dat de handelende persoon het opzet moet hebben gehad op het toebrengen van (enige vorm van) schade aan een persoon of zaak. Er is dus zowel een meer objectieve als een meer subjectieve invulling van de clausule mogelijk, hetgeen overigens niet tot verschil in uitkomst hoeft te leiden.”

Na dit te hebben afgewogen oordeelde de Hoge Raad als volgt:

“Zoals hiervoor al vermeld, moet volgens de Toelichting (onder het kopje ‘Koppeling opzet aan gedraging’) het opzettelijk karakter van de gedraging uit de gedraging zelf afgeleid worden. Voor de uitleg van het bijkomend vereiste dat de gedraging ‘tegen een persoon of zaak is gericht’, heeft dit tot gevolg dat die ‘gerichtheid’ geen betrekking heeft op het oogmerk waarmee de gedraging door de verzekerde wordt verricht (want dan zou in wezen toch weer onderzocht moeten worden of diens opzet gericht was op het gevolg). De ‘gerichtheid’ van de gedraging ziet dan ook op de objectieve strekking van de gedraging, zoals deze door een neutrale toeschouwer wordt waargenomen en geduid in de context van de kenbare omstandigheden. Het vereiste dat sprake is van (subjectieve) opzet heeft dus naar de bewoordingen en kenbare strekking van de clausule alleen betrekking op de gedraging zelf.

Nu de AVP slechts schade aan een persoon (letsel) of zaak (zaakschade) dekt, en ook de daarvan onderdeel uitmakende opzetclausule dus tot dergelijke schade is beperkt, brengt het voorgaande voor de uitleg van de clausule mee dat sprake moet zijn van een (opzettelijk verrichte en wederrechtelijke) gedraging die objectief gezien gericht is op het doen ontstaan van letsel of zaakschade.”

Vervolgens ging de Hoge Raad in op de vraag hoe een en ander moet worden beoordeeld. Volgens de Hoge Raad moet de vraag of een opzettelijke gedraging van een verzekerde gericht is op het doen ontstaan van letsel of zaakschade, naar objectieve maatstaven worden beoordeeld aan de hand van de aard van de gedraging in het licht van de omstandigheden waaronder deze is verricht:

“Deze beoordeling naar objectieve maatstaven brengt mee dat ook letsel of zaakschade van een soort of ernst waarop het opzet van de verzekerde niet (subjectief) gericht was, onder de uitsluiting van de opzet-clausule kan vallen. Dat is het geval indien, gelet op de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze werd verricht, het in feite toegebrachte letsel of de zaakschade naar objectieve maatstaven als een te verwachten of normaal gevolg van de desbetreffende gedraging kan worden aangemerkt. In zodanig geval moet aangenomen worden dat de gedraging van de verzekerde gericht was op het doen ontstaan van het in feite toegebrachte letsel of de zaakschade, ook al was deze soort of ernst van letsel of zaakschade niet door hem beoogd. Anderzijds kan van letsel of zaakschade van een soort of ernst die naar objectieve maatstaven niet als een te verwachten of normaal gevolg van de desbetreffende gedraging kan worden aangemerkt, niet worden gezegd dat de gedraging van de verzekerde objectief gezien gericht was op het doen ontstaan daarvan.”

Op basis van deze uitleg van de opzetclausule, zo oordeelde de Hoge Raad, is niet vereist dat het subjectieve opzet van de verzekerde gericht is geweest op de gevolgen van zijn gedraging. Ook strafrechtelijke schuldgradaties, in het bijzonder handelen dat in strafrechtelijke zin als ‘aanmerkelijk onvoorzichtig’ wordt gekwalificeerd, (kunnen) vallen onder opzettelijk handelen als bedoeld in de opzetclausule. Het verschil tussen strafrechtelijke opzetdelicten en strafrechtelijke schulddelicten is volgens de Hoge Raad namelijk, dat bij het schulddelict de gedraging van de dader niet opzettelijk gericht was op het veroorzaken van het letsel, maar hem ‘slechts’ het verwijt valt te maken dat hij de gevolgen van zijn opzettelijke gedraging redelijkerwijs had kunnen en moeten voorzien en daarom aanmerkelijk onvoorzichtig heeft gehandeld door niet van deze gedraging af te zien. Dit onderscheid is bij de door de Hoge Raad gegeven uitleg van de opzetclausule minder van belang. Ook bij schulddelicten kan namelijk sprake zijn van opzettelijke gedragingen, waarvan de in feite toegebrachte schade naar objectieve maatstaven als een te verwachten of normaal gevolg kan worden aangemerkt.

Conclusie rechtspraak over opzetclausule

Uit hetgeen hiervoor is uiteengezet blijkt dat de Hoge Raad de opzetclausule in de AVP-polis minder stringent uitlegt dan het strafrechtelijke opzetbegrip. Uit de wijze waarop de Hoge Raad tot die uitleg komt kan echter niet worden geconcludeerd dat de uitleg van het opzetbegrip in de AVP-polis breder moet worden toegepast in het verzekeringsrecht, zelfs niet als in de verzekeringsovereenkomst (nagenoemd) dezelfde terminologie wordt gebruikt. Bij de uitleg van het opzetcriterium kan de inhoud van de criteria uit artikel 7:952 BW van betekenis zijn.⁶⁹ Echter, het antwoord op de vraag welke betekenis toekomt aan een eigenschuldclausule in de verzekeringsovereenkomst is uiteindelijk niet afhankelijk van de

69. HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601: “Ook geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting dat het hof aandacht heeft gegeven aan art. 7:952 BW en de parlementaire geschiedenis daarbij; voor de uitleg van een contractuele clausule waarmee wordt afgeweken van een wettelijke bepaling van regelend recht, kan immers ook van belang zijn hetgeen die wettelijke bepaling inhoudt.”

uitleg van het wettelijke criterium, maar van de uitleg van de verzekeringsovereenkomst.⁷⁰ Voor de uitleg van de opzetclausule in de AVP-polis heeft de Hoge Raad vooral veel betekenis toegekend aan de kennelijke bedoeling van de clausule, zoals deze blijkt uit de toelichting.

3.2.5 *Ratio van de eigenschuldregeling in artikel 7:952 BW*

Hiervoor is uiteengezet dat de reden waarom in artikel 7:952 BW een verzwaard schuld criterium is geïntroduceerd, was gelegen in de omstandigheid dat het verzekeringsbedrijf zich in de loop der tijd had uitgebreid naar andere bedrijfstakken dan alleen transport. Binnen de transportsector werd het – vanwege de beperkte bemoeienis van de verzekerde met de vracht – redelijk geacht om iedere vorm van eigen schuld voor diens rekening te laten komen. De rechtvaardiging voor deze strenge eigenschuldregeling werd gevonden in het beginsel dat de verzekerde zich ten aanzien van het verzekerde goed als een ‘goed huisvader’ behoort te gedragen. De brandverzekering vormde op deze regel echter een uitzondering: alleen merkelijke schuld kon leiden tot het wegvallen van de verplichting van de verzekeraar tot uitkering. De reden daarvoor was dat een brandverzekering een risico, dat over een lange tijd door eigen gedragingen – onvoorzichtigheid, nalatigheid, gebrek aan controle – van de verzekerde kon worden beïnvloed. Met andere woorden: de brandverzekering was een verzekering tegen de ‘risico’s van alledag’.⁷¹

Dit vergde een andere balans tussen het beginsel van goed huisvaderschap enerzijds en het belang van de verzekerde dat normale onvoorzichtigheid en nalatigheid onder de dekking van een verzekering kon worden gebracht anderzijds. In het Voorontwerp van titel 7.17 BW is overwogen dat de verzekering van risico’s van alledag niet langer uitzondering was.⁷² Om die reden moest het uitgangspunt voor alle schadeverzekeringen zijn dat normale schuld zou worden gedekt en alleen een zware vorm van schuld van dekking zou zijn uitgesloten. De wetgever heeft er uiteindelijk voor gekozen om opzet of roekeloosheid als nieuw schuldbegrip te introduceren.

Dit schuldbegrip is niet geïntroduceerd als morele grens van wat onder een verzekering moet kunnen worden gebracht. Dat kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat artikel 7:952 BW van regelend recht is. Het staat partijen vrij om een zwaarder of minder zwaar schuldbegrip overeen te komen. Dit betekent dus dat

70. Zie bijvoorbeeld HR 27 februari 2004, NJ 2005, 498, m.nt. Du Perron en HR 16 januari 2015, NJ 2015/263, m.nt. Mendel.

71. T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht. Deel III*, Amsterdam: Van Erven Bohn bv 1974, p. 96-97.

72. F.J. De Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1175-1176.

de wetgever het begrip opzet of roekeloosheid alleen als *uitgangspunt* in de wet heeft opgenomen. De bedoeling van het schuldbegrip opzet of roekeloosheid is dus alleen om een grens van de dekking vast te stellen, die in beginsel wordt geacht een goede balans te brengen tussen de belangen van de verzekeraar en de verzekerde. Het is goed mogelijk dat voor een bepaald type verzekering gewenst is dat de grens elders wordt gelegd.⁷³

Dat er wel een morele grens bestaat – en waar die ligt – blijkt uit het Bierglas-arrest.⁷⁴ In dit arrest ging het om een man die in de nabijheid van het slachtoffer een bierglas kapot had gegooid. Hierdoor was een glassplinter in het oog van het slachtoffer beland, waardoor hij permanent oogletsel had opgelopen. De verzekeraar weigerde deze schade te vergoeden en deed een beroep op artikel 5 sub a uit de polisvoorwaarden, waarin was bepaald dat opzettelijk veroorzaakte schade van dekking was uitgesloten. De verzekeraar stelde zich op het standpunt dat de verzekerde zich schuldig had gemaakt aan ‘voorwaardelijk opzet’ en dat ook deze vorm van opzet onder het bereik van artikel 5 sub a viel. Het hof legde de clausule echter zo uit, dat onder het begrip ‘opzettelijk veroorzaakte schade’ alleen moest worden verstaan: de schade ‘die door de dader is beoogd en ingevolge zijn voornemen is toegebracht’. Aangezien de verzekeraar niet had gesteld dat de verzekerde opzettelijk had gehandeld in de hiervoor bedoelde zin, viel de schade onder de dekking van de verzekering.

In cassatie kwam de verzekeraar niet op tegen de uitleg die het hof aan artikel 5 sub a had gegeven. De stelling was dat zelfs als voorwaardelijk opzet volgens de uitleg van het hof niet onder het begrip opzet in artikel 5 sub a kon worden geschaard, het hof toch had moeten oordelen dat schade die door voorwaardelijk opzet was veroorzaakt van dekking moest worden uitgesloten. Voorwaardelijk opzet is namelijk een vorm van opzet. Daarom zou verzekering tegen aansprakelijkheid voor door voorwaardelijk opzet veroorzaakte schade – net als bij andere opzetvormen – volgens de verzekeraar in strijd met de goede zeden en/of de openbare orde. De Hoge Raad volgde dit standpunt niet en oordeelde als volgt:

“dat echter – al moge voor de toepassing van het strafrecht het opzet van de dader zich uitstrekken tot in deze geest aan zijn daad verbonden gevolgen – een goede grond ontbreekt om bij verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid de ongeschreven rechtsregel, dat aansprakelijkheid voor door de verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade, ook zonder uitsluiting bij de polisvoorwaarden, in het algemeen niet door de verzekering wordt gedekt omdat in zoverre de overeenkomst in strijd is met de goede zeden en/of de

73. Zo zagen we al dat de grens in de AVP-polis is gelegd bij opzet. Daarbij spelen niet alleen de belangen van de verzekeraar en de verzekerde een rol, maar ook het maatschappelijke belang dat een gelaedeerde niet van schadevergoeding verstoken blijft. Zie HR 13 april 2018, *ECLI:NL:HR:2018:601* (Reaal Schadeverzekeringen/J.).

74. HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572, m.nt. Wachter (Bierglas).

openbare orde, uit te breiden tot schade door de verzekerde aan een derde toegebracht met voorwaardelijk opzet naar de zojuist vermelde omschrijving;”

Uit deze overweging volgt enerzijds dat het verzekeren van opzet op morele gronden niet mogelijk is. Dat is in strijd met de openbare orde en/of de goede zeden. Anderzijds moet deze morele grens niet al bij voorwaardelijk opzet in strafrechtelijke zin worden gelegd. Dit betekent dat alleen schade die het gevolg is van opzet als oogmerk en als zekerheidsbewustzijn in de regel van dekking zijn uitgesloten.

3.2.6 *Toepassing in de lagere jurisprudentie*

Nadat de historische achtergrond en de parlementaire geschiedenis van artikel 7:952 BW in kaart is gebracht, zal in de navolgende paragraaf worden stilgestaan bij de wijze waarop opzet en roekeloosheid in de lagere rechtspraak worden toegepast. Om dit in kaart te brengen is alle lagere rechtspraak vanaf 1 januari 2006 beoordeeld, de datum waarop het huidige artikel 7:952 BW in werking is getreden.⁷⁵

Uit het onderzoek bleek dat in de rechtspraak zeer regelmatig contractueel van de criteria opzet of roekeloosheid in artikel 7:952 BW wordt afgeweken. De wijze waarop in de polis van opzet of roekeloosheid wordt afgeweken, verschilt per polis en is afhankelijk van het type verzekering. Hiervoor is al besproken dat bij de uitleg van schuldbegrippen in verzekeringspolissen de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:952 BW slechts een beperkte rol speelt. Het komt immers niet aan op uitleg van de wet, maar de uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Omdat bij verzekeringsovereenkomsten meestal gebruik wordt gemaakt van standaardpolissen en individuele verzekerden niet bij de totstandkoming daarvan betrokken zijn geweest, wordt bij de uitleg van de verzekeringsovereenkomst geen gebruik gemaakt van de zogeheten Haviltex-norm, maar van de zogeheten CAO-norm, zoals door de Hoge Raad is uitgewerkt in het arrest DSM/Fox.⁷⁶ De norm houdt kort gezegd in dat meer betekenis toekomt aan de taalkundige uitleg van de overeenkomst. Ook kunnen de partijbedoelingen – net als bij de Haviltex-norm – bij de uitleg worden betrokken, zolang die bedoeling maar naar objectieve maatstaven volgt uit de bepalingen van de overeenkomst en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, zodat deze voor individuele verzekerden kenbaar is. Een

75. Om een representatief beeld te schetsen is beoogd om een uitputtend onderzoek te doen naar alle jurisprudentie vanaf 1 januari 2006 die is gepubliceerd op Rechtspraak.nl. Er is een voorselectie gemaakt op basis van een combinatie van de zoektermen ‘opzet’, ‘roekeloosheid’ en ‘7:952’. Er is geen onderzoek gedaan naar niet-gepubliceerde rechtspraak.

76. Zie voor de wijze waarop verzekeringsovereenkomsten moeten worden uitgelegd onder andere HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284 (Chubb/Dagenstaed) en HR 16 januari 2015, NJ 2015/263, m.nt. Mendel. Zie voor de uitwerking van de CAO-norm HR 20 februari 2004, JAR 2004/83 (DSM/Fox).

en ander leidt er zelfs toe dat als de polisvoorwaarden de begrippen opzet en roekeloosheid gebruikt, hieraan toch een andere uitleg moet worden gegeven dan de wettelijke uitleg van deze begrippen. Als de verzekeringsovereenkomst door de verzekerde is aangegaan als consument in de zin van afdeling 6.5.3 BW, geldt bovendien de zogeheten *contra proferentem-regel* (art. 6:238 lid 2 BW). Deze regel houdt in dat voor de verzekerde bij de totstandkoming van de overeenkomst duidelijk en begrijpelijk moet zijn geweest dat een bepaald schadevoorval van dekking is uitgesloten. Bij twijfel over de betekenis van het beding prevaleert de voor de verzekerde meest gunstigste uitleg.

In de praktijk wordt een grote verscheidenheid aan contractuele schuldbegrippen gehanteerd, die tekstueel niet aan elkaar gelijk zijn en waarbij zowel de aard van de verzekeringsovereenkomst als de objectieve kenbare partijbedoelingen verschillen. Bovendien kunnen – afhankelijk van de maatschappelijke positie van de contractspartijen – bij de uitleg van die bedingen ook de specifieke omstandigheden in een concreet geval een rol spelen. Een en ander heeft tot gevolg dat het in het licht van dit onderzoek niet zinvol is om contractuele schuldbegrippen met elkaar te vergelijken. Er is daarom voor gekozen om alleen uitspraken bij dit onderzoek te betrekken waarin vaststond dat niet contractueel van artikel 7:952 BW was afgeweken.⁷⁷ Dit betekent dat een aanzienlijk deel van de verzekeringsrechtelijke uitspraken niet bij dit onderzoek is betrokken.

Bij het onderzoek zijn voorts alleen uitspraken betrokken waarin (in meer of mindere mate) een inhoudelijke overweging aan het begrip opzet of roekeloosheid is gewijd. Dit betekent dat uitspraken waarin overwegingen zijn opgenomen als *‘gesteld nog anderszins gebleken dat sprake is van opzet of roekeloosheid’* of *‘tussen partijen is niet in geschil dat geen sprake is van opzet of roekeloosheid’* buiten beschouwing zijn gelaten. Hetzelfde geldt voor uitspraken waarin de rechter zich beperkt tot enkel het oordeel dat geen sprake is van opzet of roekeloosheid, zonder dit nader inhoudelijk te motiveren. Onder die categorie vallen ook uitspraken waarin de rechter weliswaar een feitelijke stelling van de werkgever aanhaalt, maar oordeelt dat die stelling geen opzet of roekeloosheid oplevert, zonder dit te onderbouwen. Een voorbeeld van een dergelijke overweging is *“X heeft gesteld dat de verzekerde (...). Dit enkele feit levert nog geen opzet of roekeloosheid op”*.

Tot slot zijn buiten beschouwing gelaten de uitspraken waarin de rechter weliswaar overging tot een gemotiveerde beoordeling van de vraag of sprake was van opzet of roekeloosheid, maar waarin de door de werkgever gestelde feiten niet

77. Om dit te realiseren is op rechtspraak.nl een voorselectie gemaakt op basis van een combinatie van de zoektermen ‘opzet’, ‘roekeloosheid’ en ‘7:952’. Beoogd is een uitputtend onderzoek te doen naar alle jurisprudentie vanaf 1 januari 2006 die is gepubliceerd op Rechtspraak.nl. Er is geen onderzoek gedaan naar niet-gepubliceerde rechtspraak.

zijn komen vast te staan. Hierdoor werd namelijk niet toegekomen aan de vraag of deze feiten opzet of roekeloosheid opleverden. Een aanzienlijk deel van de uitspraken die in deze categorie vallen zijn brand gerelateerd.⁷⁸ In die gevallen is naar het oordeel van de rechter niet komen vast te staan dat de verzekerde in kwestie zich aan brandstichting schuldig heeft gemaakt. In de gevallen waarin brandstichting wel door de verzekerde werd bewezen, werd opzet overigens zonder nadere overweging aangenomen.⁷⁹

Al met al kon uit slechts een achttal uitspraken – waarin de rechter zich inhoudelijk heeft uitgelaten over de voor (opzet of) roekeloosheid aan te leggen maatstaf – worden geput.⁸⁰ Hoewel deze uitspraken – zoals hierna zal worden toegelicht – wel een eenduidig beeld laten zien, is het aantal uitspraken te gering om aan de bevindingen al te vergaande conclusies te verbinden.

In alle uitspraken werd een strenge maatstaf gehanteerd, namelijk het criterium ‘aan opzet grenzende roekeloosheid’. In zeven van deze uitspraken oordeelde de rechter dat het beroep op opzet of roekeloosheid onterecht was. In een enkele uitspraak werd dit beroep aanvaard.⁸¹ In deze zaak werd geoordeeld dat de verzekerde roekeloos had gehandeld door zijn autosleutels achter te laten in een woning, die vervolgens niet goed werd afgesloten. De rechter oordeelde dat de verzekerde door de schuifpui van zijn woning niet op slot te doen en enkel dicht te schuiven op zijn minst onbewust roekeloos had gehandeld. De verzekerde had zich ervan bewust behoren te zijn dat door het niet op slot doen van de schuifpui, er een aanmerkelijke kans was dat dieven eenvoudig de woning konden betreden en de autosleutels, die zichtbaar op de bar van de keuken van de woning lagen, konden meenemen.

Zoals blijkt uit deze overweging legde de rechter een zuiver objectieve toets aan. Dat geldt ook voor de uitspraken waarin het beroep op roekeloosheid werd

78. Zie Rb. Arnhem 20 mei 2009, *ECLI:NL:RBARN:2009:BI4881*; Rb. Utrecht 16 mei 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9857*; Hof Den Haag 9 september 2013, *ECLI:NL:GHDHA:2013:5344*; Rb. Midden-Nederland 29 januari 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:207*; Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, *ECLI:NL:GHARL:3901*; Rb. Den Haag 27 mei 2015, *ECLI:NL:RBDHA:2015:8166*; Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:5330*; Rb. Midden-Nederland 25 januari 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:242*.

79. Zie Rb. Den Haag 22 juni 2015, *ECLI:NL:RBDHA:2015:8971*; Rb. Den Haag 4 mei 2016, *ECLI:NL:RBDHA:2016:5035*; Rb. Den Haag 25 juli 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:8997*.

80. Rb. 's-Gravenhage 12 september 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7341*; Rb. Rotterdam 16 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BY8745*; Rb. Rotterdam 18 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1938*; Rb. Den Haag 12 juni 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3214*; Rb. Rotterdam 14 februari 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:944*; Rb. Amsterdam 19 maart 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:1379*; Rb. Oost-Brabant 20 januari 2016, *ECLI:NL:RBOBR:2016:230*; Rb. Noord-Holland 22 december 2016, *ECLI:NL:RBNHO:2016:11230*.

81. Rb. Den Haag 12 juni 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3214*.

afgewezen. De rechter oordeelde – gezien de aard en ernst van de onzorgvuldigheid van de verzekerde – dat de maatstaf ‘aan opzet grenzende verwijtbaarheid’ niet werd gehaald.

De uitkomsten zijn zichtbaar gemaakt in tabel 3.1.

Tabel 3.1

	Totaal aantal uitspraken	Objectief criterium	Subjectief criterium
Opzet of roekeloosheid in het verzekeringsrecht	8 (100%)	7 (88%)	1 (12%)

3.3 OPZET OF BEWUSTE ROEKeloosHEID IN HET VERVOERSRECHT

3.3.1 *Historische en juridische achtergrond*

Een vervoerder van goederen is bij schade aan de vracht in beginsel slechts beperkt aansprakelijk. Dit betekent dat als de vervoerder wanprestatie pleegt bij de nakoming van de vervoersovereenkomst, de schadevergoeding is gelimiteerd tot een vast bedrag per kilogram of eenheid van het verloren of beschadigde goed. Op grond van verschillende wetsbepalingen kan deze limitering van aansprakelijkheid worden doorbroken. Als de limitering wordt doorbroken is de vervoerder aan de ladingbelanghebbende een volledige schadevergoeding verschuldigd. Voor 1981 werd de doorbraak van de beperkte aansprakelijkheid geregeld in een aantal gelijkkluidende bepalingen in het Wetboek van Koophandel (WvK). Artikel 476 WvK (oud) was van toepassing op het zeevervoer en artikel 819 lid 1 WvK (oud) was van toepassing op de binnenvaart. In deze bepalingen werd aan de doorbreking van de beperking van aansprakelijkheid de eis gesteld dat de vervoerder de schade door ‘grove schuld’ had veroorzaakt.⁸²

De Hoge Raad heeft het criterium ‘grove schuld’ in het arrest Codam/Merwede van een uitleg voorzien.⁸³ In deze uitspraak ging het om de vraag of het handelen van een kapitein die een sleepboot had laten vastlopen op een krib, met grote schade aan het schip tot gevolg, zich schuldig had gemaakt aan grove schuld. Volgens de Hoge Raad moest grove schuld worden uitgelegd als ‘een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld’. In zijn annotatie bij het arrest Codam/Merwede

82. Zie K.F. Haak & F.L. Koot, ‘Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht’, in: K.F. Haak e.a. (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004, p. 15. Het wegvervoer kende onder het oude recht geen eigen regeling met betrekking tot de doorbraak van aansprakelijkheid. Deze vorm van vervoer werd beheerst door de algemene bepalingen van het Wetboek van Koophandel.

83. HR 12 maart 1954, NJ 1955, 386 (Codam/Merwede).

heeft Hijmans van den Bergh een overzicht gegeven van de tot dat moment in de literatuur gegeven omschrijvingen van het criterium grove schuld.⁸⁴ Molengraaff definieerde grove schuld als ‘aan opzet grenzende schuld’. Cleveringa meende dat met grove schuld een schuldgradatie werd bedoeld *“welke, zoo zij al geen opzet is, in laakbaarheid er niet voor onder doet en dus op den normale mensch denzelfden indruk van onzedelijkheid maakt”*. Hij voegde daaraan toe: *“grove schuld is dus niet hetzelfde als grove onachtzaamheid”*. Dorhout Mees was van mening dat grove schuld moest worden opgevat *“niet als een fout van groot formaat, een grove domheid, doch er moet iets bij komen van bewuste roekeloosheid of onverschilligheid, men zou kunnen zeggen een verkeerde geestelijke instelling”*. Zelf heeft Hijmans van den Bergh uit de definitie van de Hoge Raad afgeleid dat de grens van grove schuld ligt *“waar grove onachtzaamheid in roekeloosheid overgaat en het opzet nadert, zonder nog dolus eventualis te zijn. Want in dat laatste geval is men over de grens van ‘opzet’ heen”*.

De formule ‘een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld’ bleef lange tijd het in de vervoersrechtelijke rechtspraak toegepaste criterium. De jurisprudentie laat zien dat binnen deze definitie van grove schuld niet vereist was dat bij de vervoerder een subjectieve of psychologische component aanwezig was.⁸⁵ Het criterium werd geobjectiveerd aan de hand van een (fictieve) maatman. De vervoerder werd geacht te hebben geweten wat een normaal en zorgvuldig handelende vervoerder of diens hulppersoon ten aanzien van de schademogelijkheid *behoorde te weten*. Het was niet vereist dat de vervoerder zich in concreto daadwerkelijk bewust was dat zijn handelen waarschijnlijk schade tot gevolg zou hebben.

3.3.2 *Parlementaire geschiedenis*

In de tussentijd werd het wettelijke criterium wel gewijzigd. In 1981 werd het Wetboek van Koophandel aangepast aan het Protocol van Brussel van 1968 (de zogenoemde ‘Hague Visby Rules’ of het Brussels Cognossementsverdrag).⁸⁶ Hierdoor werd artikel 476 WvK (oud) vervangen door art. 469a lid 5 WvK (oud). Hierin was bepaald dat de vervoerder zijn aansprakelijkheid niet kon beperken, wanneer de schade was ontstaan door een eigen handeling van of nalaten van de vervoerder, geschied ‘hetzij met opzet, hetzij roekeloos en met het bewustzijn dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’. De terminologie was op haar beurt weer afkomstig van artikel 25 van Protocol van ‘s-Gravenhage van 28 september 1955

84. Zie L.J. Hijmans van den Bergh in zijn annotatie bij het arrest Codam/Merwede in HR 12 maart 1954, AA 1954, p. 175-184.

85. K.F. Haak & F.L. Koot, ‘Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht’, in: K.F. Haak e.a. (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004, p. 16-17.

86. Wet van 11 maart 1981, Stb. 1981, 206.

(tot wijziging van het Verdrag van Warschau).⁸⁷ Uit de memorie van toelichting volgt niet dat met dit criterium iets anders is bedoeld dan reeds daarvoor uit artikel 476 WvK voortvloeide. Integendeel: de formule uit artikel 469a lid 5 WvK werd verkort aangeduid als ‘opzet of grove schuld’.⁸⁸ Iets vergelijkbaars kan worden gelezen in de memorie van toelichting bij de Rijkswet tot goedkeuring van het Protocol van Brussel. In de toelichting bij artikel 4 lid 5 onder e van het verdrag wordt het volgende opgemerkt:⁸⁹

“De in artikel 4, vijfde lid, onder e geformuleerde doorbreking van de beperking van aansprakelijkheid van de vervoerder is reeds te vinden in het Verdrag van Warschau zoals dat is geamendeerd door het Protocol van ‘s-Gravenhage van 28 september 1955 (Trb. 1956, 26). Het betreft hier een omschrijving van “(opzet of) grove schuld van de vervoerder zelf”, zoals dit thans in artikel 476 W.v.K. is te vinden.”

Toen in 1982 de Wet Overeenkomst Wegvervoer werd aangenomen, werd daarin dezelfde formulering gehanteerd als in artikel 469a WvK (oud), met dien verstande dat het woord ‘bewustzijn’ werd vervangen door ‘wetenschap’.⁹⁰ Deze beperkte wijziging in terminologie was afkomstig uit het Protocol van Athene van 1974, maar daarmee werd – zo lijkt het – geen inhoudelijke wijziging beoogd.⁹¹

Bij de introductie van het Nieuw BW werd de formulering ‘hetzij met opzet, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’ tevens opgenomen in een groot aantal artikelen van het huidige Boek 8 BW.⁹² Momenteel wordt dit criterium in het vervoersrecht doorgaans verkort aangeduid als *opzet of bewuste roekeloosheid*. Uit de toelichting bij het Voorontwerp lijkt eveneens te kunnen worden afgeleid dat met de formulering niet iets anders is

87. Deze bepaling luidde als volgt: *“The limits of liability specified in Article 22 shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, his servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result; provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also proved that he was acting within the scope of his employment.”*

88. Kamerstukken II 1979/80, 15 949, 3, p. 8.

89. Kamerstukken II 1979/80, 15 948, 3, p. 9-10.

90. Wet van 2 december 1982, *Stb.* 1982, 670 (Wet Overeenkomst Wegvervoer).

91. Kamerstukken II 1979/80, 15 963, 3, p. 18.

92. Zie Artikelen 8:73 BW, 8:111 BW, 8:366 BW, 8:388 BW, 8:504c BW, 8:623 BW, 8:754 BW, 8:901 BW, 8:906 BW, 8:984 BW, 8:1033 BW, 8:1064 BW, 8:1108 BW, 8:1158 BW, 8:1185 BW, 8:1213 BW, 8:1218 BW, 8:1401 BW, 8:1402 BW, 8:1584 BW, 8:1592 BW, 8:1673 BW, 8:1678 BW, 8:1727 BW en voorts artikel 2 Postwet 2009 en artikelen 3 en 4 Wet aansprakelijkheid olietankschepen.

bedoeld dan hetgeen voorheen werd aangeduid als grove schuld.⁹³ Het duidelijkst blijkt dit uit de toelichting bij ontwerpartikel 8.13.2.18 NBW:⁹⁴

“Het artikel wijkt af van artikel 29 CMR in zoverre als het, in overeenstemming met artikel 2 van het Protocol bij het Brussels Cognosementsverdrag (weergegeven in artikel 8.5.2.15, lid 5) dat op dit punt overeenstemt met het in Nederland algemeen ingenomen standpunt, de vervoerder toelaat zijn aansprakelijkheid voor schade, die door opzet of grove schuld van zijn ondergeschikten werd veroorzaakt, te beperken of uit te sluiten.”

In de rest van de parlementaire behandeling is het criterium opzet of bewuste roekeloosheid niet inhoudelijk aan de orde gesteld. Daarmee lijkt uit de parlementaire geschiedenis te moeten worden afgeleid dat de wetgever met opzet of bewuste roekeloosheid niet heeft beoogd een materiële wijziging te realiseren ten opzichte van het criterium grove schuld. Het lijkt er sterk op dat de wetgever uitsluitend heeft beoogd zoveel mogelijk uniformiteit te realiseren in de binnen het (internationale) vervoersrecht gehanteerde terminologie.

3.3.3 *Rechtspraak Hoge Raad*

De 5-januari-arresten

Omdat de wetgever met het criterium opzet of bewuste roekeloosheid geen wijziging lijkt te hebben beoogd ten opzichte van het criterium grove schuld, wekt het geen verbazing dat ook na de diverse wetwijzigingen de al jaren gebruikelijke ‘geobjectiveerde’ lijn in de lagere jurisprudentie werd voortgezet.⁹⁵ Hierin kwam verandering toen de Hoge Raad de zogeheten ‘5-januari-arresten’ wees.

Een eerste verschuiving was al waar te nemen in het eerder gewezen Solon-arrest, dat betrekking had op artikel 3 Loodsenwet.⁹⁶ Dit wetsartikel bepaalt dat een loods, voor zover hij handelt in de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden,

93. Zie bijvoorbeeld H. Schadee, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting vijfde gedeelte (Boek 8 – Eerste stuk)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1303: “De omschrijving van grove schuld in het vijfde lid is ontleend aan artikel 2 onder e van het Protocol bij het cognosementsverdrag”. Zie voorts p. 1391: “Het ware in strijd met de openbare orde wanneer de vervoerder-kapitein niet aansprakelijk zou zijn voor eigen “opzet en grove schuld” bij de navigatie gepleegd. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dan ook, dat de vervoerder voor eigen dergelijke fouten wel aansprakelijk is. Het ontwerp bezigt hier de tegenwoordig in internationale verdragen gebruikelijke omschrijving.” Zie tevens p. 1393: “Het artikel stemt overeen met artikel 819 W.v.K, doch bevat de omschrijving van opzet of grove schuld die in het ontwerp elders wordt gebezigd”.

94. H. Schadee, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting zesde gedeelte (Boek 8 – Tweede stuk)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1466.

95. K.F. Haak & F.L. Koot, ‘Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht’, in: K.F. Haak e.a. (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004, p. 13-51.

96. HR 4 februari 2000, NJ 2000, 429, m.nt. Haak (Solon).

slechts aansprakelijk is voor schade die door opzet of grove schuld door hem is veroorzaakt. Het hof had in het in cassatie bestreden arrest geoordeeld dat de loods in kwestie geen grove schuld viel te verwijten, omdat niet was gebleken dat de loods willens en wetens, zonder zich nader te informeren, was doorgevaren en daarbij bewust het risico had genomen dat het schip met een brug in aanvaring kwam. In cassatie werd geklaagd dat het hof hiermee een onjuiste maatstaf had toegepast, omdat onder grove schuld zowel bewuste als onbewuste schuld zouden vallen. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“Dit betoog faalt. Onder grove schuld in de zin van art. 3 Loodsenwet moet worden verstaan een handelen of nalaten van de loods dat roekeloos en met de wetenschap dat schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien is geschied. ‘s Hofs oordeel dat niet gebleken is van aan opzet grenzende roekeloosheid moet, gelet op hetgeen het Hof daaraan voorafgaand in rov. 8 overweegt, aldus worden begrepen dat niet van roekeloosheid in voormelde zin is gebleken. Het Hof heeft derhalve bij de beantwoording van de vraag of [verweerder] ter zake van de aanvaring grove schuld in de zin van art. 3 Loodsenwet valt te verwijten een juiste maatstaf aangelegd.

Hoewel de Hoge Raad het begrip grove schuld enerzijds gelijkstelt aan het criterium ‘roekeloos en met de wetenschap dat schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien is geschied’, wordt aan het criterium anderzijds een betekenis toegekend die afweek van de op dat moment gebruikelijke definitie van grove schuld. Kennelijk had het hof door ofwel willens en wetens handelen, dan wel bewustheid van het door de loods genomen risico te verlangen, de juiste maatstaf aangelegd. Dit duidt erop dat een geobjectiveerde benadering niet meer mogelijk was.

Dit werd door de Hoge Raad bevestigd in de 5-januari-arresten.⁹⁷ In beide arresten ging het om een situatie waarin vrachtwagenchauffeurs, in dienst van de vervoerder, hun vrachtwagen met containers onbeheerd op een onveilige plaats hadden geparkeerd, waarna de lading werd gestolen. De ladingbelanghebbenden spraken de vervoerders aan voor de volledige schade, terwijl de vervoerders zich beriepen op limitering van hun aansprakelijkheid. In beide zaken was sprake van wegvervoer dat onder de werkingssfeer van het CMR-verdrag viel. Artikel 29 van het CMR-verdrag bepaalt dat de vervoerder niet het recht heeft zich te beroepen op de bepalingen die zijn aansprakelijkheid uitsluiten of beperken of die de bewijslast omkeren, *“indien de schade voortspruit uit zijn opzet of uit schuld zijnerzijds, welke volgens de wet van het gerecht, waar de vordering aanhangig is, met opzet gelijkgesteld wordt.”* Het hof had in beide in cassatie bestreden arresten – volgens de Hoge Raad terecht – geoordeeld dat volgens het Nederlandse recht een ‘met opzet gelijk te stellen schuld’ moet worden verstaan als ‘roekeloos en met de wetenschap dat

97. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391 (Overbeek/Cigna) en NJ 2001, 392, m.nt. Haak (Van der Graaf/Philip Morris).

schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien' als bedoeld in artikel 8:1108 lid 1 BW.

In het arrest Overbeek/Cigna overwoog het hof dat de chauffeur in kwestie zijn container op vrijdag had opgehaald, terwijl deze pas maandag moest worden afgeleverd. In de tussentijd had de chauffeur zijn vrachtwagen met lading op een industrieterrein aan de openbare weg geparkeerd. Hiermee was volgens het hof geen zakelijk maar slechts een persoonlijk belang gediend. Het parkeren van de vrachtauto met de container aan de openbare weg op een verlaten industrieterrein, op zeker 2 km van het huis van de chauffeur, moest volgens het hof als roekeloos worden aangemerkt. Omdat vaststond dat noch de vrachtwagen, noch het industrieterrein beveiligd waren en de chauffeur wist dat hij diefstalgevoelige goederen vervoerde, moest hij volgens het hof hebben geweten althans hebben behoren te begrijpen dat de kans op diefstal zeer aanzienlijk was.

In het arrest Van der Graaf/Philip Morris overwoog het hof dat de vrachtwagens in een diefstalgevoelig land (Italië) op een onbewaakte parkeerplaats waren geparkeerd, terwijl deze niet waren uitgerust met anti-diefstalvoorzieningen of een alarminstallatie en met een kostbare lading waren beladen. Daarnaast hebben de chauffeurs diverse instructies genegeerd, waaronder de instructie dat zij hun vrachtwagen niet onbeheerd mochten achterlaten. Volgens het hof moest dit gedrag worden gekwalificeerd als roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien.

Alvorens de door het hof toegepaste maatstaf te toetsen, stelde de Hoge Raad in beide arresten het volgende voorop:

"Van gedrag, dat als roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien moet worden aangemerkt, is sprake, wanneer degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden."

Op basis van deze definitie van opzet of bewuste roekeloosheid hielden beide oordelen van het hof in cassatie geen stand. Het duidelijkst heeft de Hoge Raad dat weergegeven in het arrest Overbeek/Cigna. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat het hof om twee redenen een onjuiste maatstaf had aangelegd. In de eerste plaats was volgens de Hoge Raad voor het antwoord op de vraag of een handelen of nalaten is geschied met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien, niet beslissend of degene die zich aldus gedroeg wist dat de kans op diefstal zeer aanzienlijk was. In de tweede plaats had het hof een onjuiste maatstaf gehanteerd door te oordelen dat de chauffeur *moet hebben geweten* althans *hebben*

behoren te begrijpen dat de kans op diefstal zeer aanzienlijk was. In dat oordeel lag immers besloten dat hij zich daarvan *in concreto niet bewust* was.⁹⁸

Rechtspraak na de 5-januari-arresten

De Hoge Raad heeft de strenge maatstaf uit de 5-januari-arresten in diverse latere arresten herhaald.⁹⁹ In alle gevallen leidde de strenge maatstaf ertoe dat de limitering van aansprakelijkheid niet kon worden doorbroken. In het arrest Maat/Traxys heeft de Hoge Raad zijn maatstaf verduidelijkt met de – op zich logische – toevoeging dat ‘gedrag’ in de zin van de door de Hoge Raad gegeven definitie van bewuste roekeloosheid ook kan bestaan uit het scheppen of laten voortduren van een toestand.¹⁰⁰ In deze zaak had het hof een aantal omstandigheden genoemd op basis waarvan kon worden geoordeeld dat de kans dat schade (ook in dit geval diefstal van een vrachtwagen) aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Het hof overwoog dat diefstal een veel voorkomende plaag van de transportsector is; dat diefstal van vrachtwagens met een dure of gemakkelijk te verhandelen lading een zo veel voorkomend fenomeen is, dat een vervoerder daarop ten eerste bedacht moet zijn; dat de vervoerder op de hoogte was van de waarde van de lading en dat de vrachtwagen slecht was beveiligd. Het oordeel vond geen genade bij de Hoge Raad. Over de genoemde omstandigheden oordeelde de Hoge Raad als volgt:

“De daar genoemde omstandigheden (...) geven weliswaar een aanwijzing dat er een reële kans was op diefstal van (ook) de onderhavige vrachtwagen, maar niet dat die kans groter – laat staan aanzienlijk groter – was dan de kans dat diefstal achterwege zou blijven, zeker niet indien de uitdrukkelijke vermelding van ook omstandigheid (...) in aanmerking wordt genomen. Uit de door het hof genoemde omstandigheden volgt bijvoorbeeld niet dat de aard of waarde van de lading naar buiten toe kenbaar was.”

Ook het oordeel dat sprake was van bewustheid van de vereiste kans op diefstal sneuvelde in cassatie. Het hof oordeelde daartoe dat Maat sinds kort een extra beveiligd parkeerterrein huurde, zodat Maat zich bewust was van het gevaar van diefstal. De Hoge Raad oordeelde:

“Uit de door het hof in zijn oordeel betrokken omstandigheden kan – ook indien zij worden gezien in samenhang met de omstandigheden die hiervoor in 4.3 zijn genoemd – volgen dat Maat zich bewust was van het gevaar van diefstal, dat zij onzorgvuldig is omgesprongen met de instructies van haar opdrachtgever en dat zij veiliger alternatieven naast zich heeft neergelegd. Ook indien dit wordt samengevat in de

98. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391 (Overbeek/Cigna)

99. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 388, m.nt. Haak (Jong & Grauss/The West of England); HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 598 (CTV-‘K’ Line); HR 14 juli 2006, NJ 2006, 599, m.nt. Haak (Philip Morris/Van der Graaf), een voortzetting van NJ 2001, 392 en HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1189. Zie voorts voor niet CMR-gerelateerde zaken: HR 1 februari 2013, NJ 2013, 82 (Austria/APA) en HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981.

100. HR 10 augustus 2012, NJ 2012, 652, m.nt. Haak (Maat/Traxys).

bewoordingen van de slotsom van het hof (rov. 4.6.4), volgt hieruit nog niet dat Maat bewust roekeloos heeft gehandeld, dat wil zeggen in het besef dat de kans op diefstal van deze vrachtwagen aanzienlijk groter was dan de kans dat diefstal zou uitblijven."

Arrest Van der Graaf/AIG

De enige uitspraak waarin de Hoge Raad tot op heden het oordeel van het hof dat sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid in stand heeft gelaten, is het arrest Van der Graaf/AIG.¹⁰¹ In deze zaak ging het om een chauffeur die – bij de uitvoering van een onder het CMR-verdrag vallende vervoersovereenkomst – zijn vracht had afgeleverd bij een pakhuis nabij Moskou, waar de vracht werd overgeladen op een Russische vrachtwagen. De lading heeft daarna zijn bestemming nooit bereikt. De gesubrogeerde verzekeraar AIG stelde zich samengevat op het standpunt dat de lading op instructie van een onbekende is afgeleverd op een ander adres en aan een andere geadresseerde dan in de vrachtbrief vermeld. Een en ander moest volgens AIG worden gekwalificeerd als opzet of bewuste roekeloosheid, zodat de vervoerders op grond van artikel 29 CMR aansprakelijk waren voor de volledige schade. In het in cassatie bestreden arrest had het hof geoordeeld dat de vervoerders geen feiten of omstandigheden hadden gesteld die een voldoende gemotiveerde betwisting vormden van de stelling dat de gedragingen van de chauffeur 'grove schuld' in de zin van art. 29 CMR opleverden. Nu de vervoerders niet aan hun stelplicht hadden voldaan, kwam het door hen gedane bewijsoanbod niet aan de orde.

In cassatie stelden de vervoerders zich op het standpunt dat het hof hiermee een geobjectiveerde toets had gehanteerd. De Hoge Raad las echter in het arrest van het hof dat het wel degelijk heeft onderzocht of bij de chauffeur in kwestie ten tijde van de lossing in de omgeving van Moskou het 'subjectieve' besef van gevaar bestond. Voorts heeft het hof de vervoerder volgens de Hoge Raad niet belast met het bewijs dat bij de chauffeur het 'subjectieve' besef ontbrak. Naar het oordeel van het hof, zo heeft de Hoge Raad het bestreden arrest uitgelegd, diende AIG in beginsel te bewijzen dat bedoeld besef bij die chauffeur aanwezig was, maar hebben de vervoerders onvoldoende gemotiveerd betwist dat dit laatste het geval was.

De vervoerders hebben in cassatie ook een motiveringsklacht gericht tegen het oordeel van het hof dat de vervoerders de aanwezigheid van de subjectieve bewustheid van het gevaar bij de chauffeur onvoldoende hebben betwist. Daarbij wezen zij op een met de betrokken chauffeur gehouden interview, waaruit volgens de verzekeraars een voldoende betwisting van de subjectieve bewustheid bij de chauffeur zou blijken. De Hoge Raad oordeelde over deze klacht als volgt:

101. HR 29 mei 2009, NJ 2009, 245 (Van der Graaf/AIG Europe).

“Dat op waarderingen van feitelijke aard berustende oordeel behoefde, anders dan in beide onderdelen naar de kern genomen slechts op basis van een andere waardering van die verklaring – vooral ook voor zover inhoudende dat het lossen in Balashika geschiedde op aanwijzingen van “representatives of the receiver” – wordt betoogd, geen nadere motivering dan door het hof is gegeven. Dat oordeel, dat in hoofdzaak is opgebouwd uit de volgende schakels

- a. er is geen andere aflevering overeengekomen dan aan (het adres van) Stroyinvest;*
- b. [betrokkene 1] heeft de douanedocumenten niet aan douanemedewerkers gegeven, maar aan hem onbekende personen van wie hij de identiteit niet heeft vastgesteld en gecontroleerd;*
- c. de lading is in Balashika afgeleverd in die zin dat zij daar op initiatief van personen die [betrokkene 1] niet kende in een andere vrachtwagen is overgeladen, en*
- d. [betrokkene 1] moet ervan op de hoogte zijn geweest dat Moskou destijds een “criminaliteitsgevoelige bestemming” was voor een lading als de onderhavige, is ook niet onbegrijpelijk.”*

Het is de vraag hoe het arrest Van der Graaf/AIG moet worden geduid. In de eerste plaats valt op dat de vraag of ‘de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren’ kennelijk niet door de procespartijen aan de orde is gesteld. Om die reden moest de Hoge Raad alleen oordelen over het bewustheidsvereiste. Haak heeft de uitspraak van de Hoge Raad zo opgevat, dat de daadwerkelijke wetenschap van de zeer aanzienlijke kans op schade uit de objectieve omstandigheden van het geval kan worden afgeleid.¹⁰² Die conclusie komt mij iets te stellig voor. De Hoge Raad heeft toegestaan dat de rechter zich bij de beoordeling of AIG voor het voldoen aan haar *stelplicht* ex artikel 149 lid 1 Rv kon baseren op objectieve feiten en omstandigheden. Als die objectieve omstandigheden erop wijzen dat de (chauffeur van de) vervoerder zich wel bewust moet zijn geweest van de aanzienlijke kans op schade, kan de vervoerder ter zake niet volstaan met een blote ontkenning.

Daarmee is echter niet gezegd dat de bewustheid uit de objectieve omstandigheden mag worden afgeleid. Ware dat wel het geval, dan zou niet alleen in het kader van de *stelplicht*, maar ook in het kader van de eventuele *bewijslast* voldoende zijn dat de vervoerder enkele objectieve feiten bewijst, waaruit de subjectieve bewustheid – beweerdelijk – kan worden afgeleid. Dit laatste blijkt niet uit het arrest Van der Graaf/AIG. Dit betekent dat als de ladingbelanghebbende aan zijn *objectief* ingekleurde stelplicht heeft voldaan en de vervoerder vervolgens feiten en omstandigheden aanvoert waaruit aannemelijk wordt dat er geen sprake was van een subjectieve bewustheid, de bewijslast van de daadwerkelijke – niet geobjectiveerde – bewustheid bij de ladingbelanghebbende komt te liggen.

102. Zie K.F. Haak, ‘Mitigering van bewijslast bij bewuste roekeloosheid’, TVR 2010/2, p. 48-51 en voorts K.F. Haak, ‘De kwade kans van bewuste roekeloosheid. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgverplichting met voeten treedt, niet baten’, in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda’s conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 117-119. Zie ook de conclusie van A-G Hartlief bij HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981.

3.3.4 De drie elementen van Strikwerda

In zijn conclusie voor het arrest CTV-‘K’ Line heeft A-G Strikwerda uit de 5-januari-arresten drie vereisten gedestilleerd, waaraan moet zijn voldaan, alvorens een gedraging als bewust roekeloos kan worden aangemerkt.¹⁰³ Deze vereisten, in de literatuur ook wel de ‘drie elementen van Strikwerda’ genoemd,¹⁰⁴ luiden in de bewoordingen van Strikwerda als volgt.

“Het eerste element is dat aan de gedraging gevaar verbonden is en dat de kans dat dit gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren. Dit is een objectief element; beslissend is of – naar de ervaring leert – het gestelde gedrag in de gegeven omstandigheden gevaarlijk is en of – naar de ervaring leert – de kans dat het gevaar zich in de gegeven omstandigheden zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan dat dit niet gebeurt. Het tweede element is van subjectieve aard: degene die handelt of nalaat kent het aan zijn gedrag verboden gevaar en is zich ervan bewust dat de kans dat schade optreedt aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft. Het derde element kwalificeert het gedrag als roekeloos: de kennis van het aan het gedrag verbonden gevaar en het zich bewust zijn dat de kans dat schade op zal treden aanzienlijk groter is dan de kans dat schade zal uitblijven, hebben degene die handelde of naliet van zijn gedrag niet weerhouden.”

Strikwerda voegde aan deze passage nog toe dat het eerste element een drempelvoorwaarde is. Als geen sprake is van gevaar, of als het gevaar niet van dien aard is, dat de kans op schade aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft, dan wordt aan de andere twee elementen niet toegekomen. Indien de eerste hindernis van de drempelvoorwaarde is genomen, dient te worden getoetst aan het tweede element. Dit tweede – subjectieve – element houdt in dat de vervoerder het aan zijn gedraging verbonden gevaar kent. De vervoerder moet zich ervan bewust zijn dat de kans dat het aan zijn gedraging verbonden gevaar zich verwezenlijkt, aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet gebeurt. Het laatste element van bewuste roekeloosheid betreft uitsluitend de feitelijke constatering dat de gedraging is verricht. Voordat aan deze stap wordt toegekomen, is immers al komen vast te staan dat de kans op schade ‘aanzienlijk groter’ was dan 50% en dat de vervoerder zich van dit gevaar bewust is geweest. Deze combinatie van factoren had de vervoerder van

103. A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 598 (CTV-‘K’ Line).

104. Zie onder anderen K.F. Haak, ‘Mitigering van bewijslast bij bewuste roekeloosheid’, TVR 2010/2, p. 44-51; K.F. Haak, ‘De kwade kans van bewuste roekeloosheid. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgverplichting met voeten treedt, niet baten’, in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda’s conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 107-119; B.S. Janssen, ‘Weg met de drempelvoorwaarde en kansrekening. Enige gedachten naar aanleiding van ‘Maat/Trazys’’, NTVH 2013/1, p. 32-41. Strikwerda herhaalt zijn drie elementen in zijn conclusie voor HR 14 juli 2006, NJ 2006, 599, m.nt. Haak (Van der Graaf/Philip Morris II) en deze zijn overgenomen door A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 10 augustus 2012, NJ 2012, 652, m.nt. Haak (Maat/Traxys).

zijn gedraging moeten weerhouden. Nu dit niet is gebeurd, maakt dat de gedraging bewust roekeloos.

Claringbould heeft erop gewezen dat het eerste element uit het stappenplan van Strikwerda betekent dat zuiver objectief, los van alle overige omstandigheden van het individuele geval, via kansrekening moet worden nagegaan of de kans dat schade zou intreden wezenlijk groter is dan de kans dat deze niet intreedt.¹⁰⁵ Indien de conclusie ontkennend luidt, kan niet aan de overige stappen worden toegekomen. Gezien de zuiver wiskundige benadering die bij de drempelvoorwaarde is vereist, komt Claringbould tot de conclusie dat van bewuste roekeloosheid nooit sprake kan zijn ingeval van diefstal van een vrachtauto op een onbewaakt parkeerterrein.¹⁰⁶ Immers, er bestaat geen parkeerterrein ter wereld waar de kans dat een vrachtwagen wordt gestolen, indien deze onbeheerd wordt geparkeerd, groter is (>50%) dan de kans dat de vrachtwagen blijft staan, hoe onvoorzichtig de vervoerder ook met zijn vracht is omgegaan.¹⁰⁷

De objectieve drempelvoorwaarde werpt aldus – letterlijk – een hoge drempel op, die eerst gepasseerd moet worden voordat kan worden toegekomen aan het tweede element van de toets, de subjectieve wetenschap.

3.3.5 *Ratio van de regeling van beperkte aansprakelijkheidsrecht in het vervoersrecht*

De ratio van het criterium opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht hangt nauw samen met het systeem van beperkte aansprakelijkheid. De wetgever heeft dit systeem geïntroduceerd bij de herziening van het Wetboek van Koophandel van 1926, waarbij ook de artikelen 476 WvK (oud) en 819 lid 1 WvK (oud) zijn geïntroduceerd, alsook het criterium opzet of grove schuld voor de doorbreking van de beperking van aansprakelijkheid van de vervoerder. In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever de reden voor de invoering van dit systeem uitvoerig toegelicht.¹⁰⁸

105. M.H. Claringbould, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in: M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 145-164.

106. Claringbould heeft later betoogd dat deze op kansrekening berustende methode alleen zou moeten worden toegepast op diefstalzaken en niet op bijvoorbeeld verkeersovertredingen. Het belangrijkste verschil tussen de twee gevallen is volgens Claringbould dat verkeersovertredingen een overtreding van een publiekrechtelijke verbodsbepaling inhouden. Zie M.H. Claringbould, 'Beperking van kansrekening tot 'diefstal van parkeerplaats'-zaken', *NTHR* 2013/4, p. 208-212. De Hoge Raad heeft het door Claringbould gemaakte onderscheid verworpen in het arrest HR 22 juni 2018, *ECLI:NL:HR:2018:981*.

107. In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de drempelvoorwaarde. Zie in het bijzonder B.S. Janssen, 'Weg met de drempelvoorwaarde en kansrekening. Enige gedachten naar aanleiding van 'Maat/Traxys'', *NTHR* 2013/1, p. 32-41.

108. *Kamerstukken II* 1919/20, 448, 3, p. 33-35.

Met de introductie van het systeem van beperkte aansprakelijkheid heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het Engelse recht. De wetgever constateerde namelijk dat er op het punt van aansprakelijkheid een groot verschil bestond tussen het Engelse recht en het continentale recht. In het continentale recht gold het beginsel dat de reder voor de daden van de kapitein beperkt aansprakelijk was. De beperking van deze aansprakelijkheid hield in dat de gelaedeerde zich uitsluitend op het schip en de vracht van de reder kon verhalen. Een uitzondering op dit beginsel bestond alleen voor aansprakelijkheid als gevolg van handelingen die de kapitein krachtens bijzondere opdracht van de reder verrichtte. Dit was slechts zelden het geval, omdat de kapitein in de regel handelde op basis van algemene orders of instructies.

Volgens het Engelse recht was de reder echter op dezelfde wijze aansprakelijk als ieder ander die iemand aanstelt tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden. De reder was in beginsel met zijn gehele vermogen aansprakelijk. Op deze regel bestonden een aantal uitzonderingen. Voor schade buiten zijn toedoen toegebracht aan de lading of personen aan boord van het schip, alsook voor schade, die buiten zijn toedoen door 'het verkeerd varen van het schip' werd toegebracht aan andere schepen, hun lading of opvarenden, of aan andere voorwerpen, was de aansprakelijkheid beperkt. Anders dan onder het continentale recht bestond de beperking echter niet uit een beperking tot een deel van het vermogen van de reder (schip en vracht), maar uit een beperking tot een bepaald bedrag per eenheid. De beperking tot een bepaald bedrag per eenheid in plaats van een deel van het vermogen van de reder had tot gevolg, dat de omvang van de eventuele aansprakelijkheid al voor de aanvang van de reis vaststond, terwijl de omvang van de aansprakelijkheid volgens het continentale systeem werd bepaald door de waarde van het schip en de vracht na terugkeer van de reis of ten tijde van uitwinning. Naar Engels recht voer het schip dus voor risico van de eigenaar, terwijl het naar continentaal recht voer voor risico van de schuldeisers, die in geval van ondergang van het schip hun recht verloren.

Toen volgens de wetgever werd gestreefd naar een internationale regeling voor aansprakelijkheid voor aansprakelijkheid werd duidelijk dat het Engelse en continentale systeem zo uiteenliepen, dat zij niet konden worden verenigd. Dit gaf de wetgever aanleiding om het Nederlandse systeem te herzien. Het continentale systeem stamde namelijk uit een tijd, waarin het zeevaartbedrijf een geheel ander karakter vertoonde dan in de jaren '20 van de twintigste eeuw. Vooral de positie van de kapitein was veranderd. Deze was van oudsher vaak niet de ondergeschikte van de reder, maar zijn medevennoot, die optrad als de leider en de uitvoerder van de onderneming. Aan hem was niet alleen de technische, maar ook de commerciële en financiële leiding van de onderneming opgedragen. De reden daarvoor was, dat als een schip eenmaal was uitgezeild, de reis vele maanden

– soms wel jaren – duurde. Regelmatige communicatie tussen de kapitein en de reder was niet mogelijk. Dit betekende dat de kapitein zelfstandig moest handelen. Aan de kapitein moest de meest uitgebreide bevoegdheid worden toegekend, zonder dat controle kon worden uitgeoefend op de wijze waarop hij van zijn bevoegdheden gebruik maakte. De kapitein bestuurde niet alleen het schip, maar verkocht ook goederen en kocht nieuwe lading in. Hij trad op als de exploitant van het schip voor onbekende, althans niet te bereiken principalen. De grote – niet controleerbare – bevoegdheid van de kapitein gaf hem feitelijk de mogelijkheid om de reder buiten diens toedoen met omvangrijke verplichtingen te bezwaren. Het beginsel van beperkte aansprakelijkheid werkte als correctief. Dit stelde de reder in staat om bij een ongunstige afloop van de onderneming verplichtingen tot schadevergoeding van zich af te werpen, als hij daardoor meer zou verliezen dan hij oorspronkelijk aan de kapitein had toevertrouwd.

De verkeerstoestanden waren in de tussentijd drastisch gewijzigd, waardoor ook de positie van de kapitein in de loop der jaren was veranderd. De kapitein is steeds meer uitsluitend de nautische bestuurder van het schip geworden, zonder volmacht om voor de reder te handelen en hem te verbinden. De reder werd in de plaatsen die het schip aandeed door agenten vertegenwoordigd, zodat aan vertegenwoordiging door de kapitein geen behoefte meer bestond. Daar kwam bij dat zelfs als de kapitein wel een volmacht had om namens de reder te handelen, er communicatiemiddelen ter beschikking waren (telegraaf en telefoon) om communicatie met de reder te onderhouden. De mogelijkheid van controle door de reder ontbrak dus niet meer. De reder kon op de kapitein nagenoeg dezelfde controle uitoefenen als op iedere andere gemachtigde of vertegenwoordiger in het buitenland. Voor een bijzondere regeling, die een beperking van aansprakelijkheid tot een deel van het vermogen van de reder behelsde, bestond daarom geen rechtvaardiging meer. Om die reden heeft de wetgever het Engelse systeem van onbeperkte aansprakelijkheid aanvaard.

Wel achtte de wetgever het noodzakelijk om op het beginsel van onbeperkte aansprakelijkheid een aantal uitzonderingen te formuleren. Evenals in het Engelse recht werd aansprakelijkheid wegens schade aan vervoerde goederen en personen beperkt tot een vast bedrag per eenheid. Ook aansprakelijkheid wegens aanvaringsschade moest worden beperkt. De noodzaak voor deze beperking van aansprakelijkheid vloeide volgens de wetgever voort uit het karakter van de vervoersovereenkomst.

De vervoersovereenkomst verplicht de vervoerder gedurende het vervoer voor het behoud van het goed zorg te dragen. Eventuele schade van het goed moet de vervoerder vergoeden. De omvang van de eventuele aansprakelijkheid en het risico

dat de vervoerder loopt, kan hij niet steeds vooraf controleren. Over dit kenmerk van de vervoersovereenkomst overwoog de wetgever het volgende:

“Zóó groot echter kan de waarde van een enkele lading allicht wezen, dat hij voortdurend blootstaat aan den ondergang. Dit nu is niet gewenscht. Een strenge doorvoering dezer aansprakelijkheid zou de scheepvaart maken tot het meest gevaagde bedrijf. Zal dit bedrijf rusten op een rationeele basis, dan dient de schuldenaar in staat te wezen den omvang zijner verplichtingen te kennen, na te gaan welk risico hij op zich neemt. Dit wordt bereikt door de aansprakelijkheid des vervoerders binnen bepaalde redelijke grenzen terug te brengen.”

Door de aansprakelijkheid te beperken tot een vast bedrag per eenheid wordt dus tegemoetgekomen aan het belang van de vervoerder om precies bekend te zijn met het door hem genomen risico. Het gevaar voor de vervoerder van een aansprakelijkheid van een onbekende en onbepaalde omvang wordt daarmee afgewend. Een regeling die aansprakelijkheid beperkt tot een vast bedrag per eenheid onderscheidde zich volgens de wetgever door haar eenvoud, duidelijkheid en praktische bruikbaarheid. Het bijkomende voordeel van de wetenschap dat de aansprakelijkheid van de vervoerder nooit een van tevoren vastgestelde omvang kan overschrijden was, aldus de wetgever, dat het risico van de vervoerder verzekeraar is.¹⁰⁹

Dezelfde gedachte lag volgens de wetgever ten grondslag aan het beperken van aansprakelijkheid voor aanvaringsschade. Onbeperkte aansprakelijkheid voor aanvaringsschade zou eveneens een onberekenbaar en onbegrensd risico op den reder leggen. Bij de omvang van moderne schepen zou dat tot kunnen leiden tot ruïneuze verliezen, waarvoor men zich van tevoren kan verzekeren. Daar kwam volgens de wetgever bij dat aanvaring moest worden beschouwd als een algemeen gevaar van het zeeverkeer. Aanvaring kunnen het gevolg zijn van kleine fouten of verzuimen, van een *error in judgment*, die haast onvermijdelijk zijn en zullen voorkomen ‘zoolang kapiteins feilbare mensen zijn’. Deze overwegingen rechtvaardigden volgens de wetgever om een systeem van beperkte aansprakelijkheid in te stellen.

Samenvattend heeft de wetgever het van belang geacht om de aansprakelijkheid van de vervoerder te beperken tot een vooraf bekend vast bedrag. De argumenten hiervoor zijn:

- 1) Het systeem van beperkte aansprakelijkheid is eenvoudig, duidelijk en praktisch bruikbaar.

109. Kamerstukken II 1919/20, 448, 3, p. 34.

- 2) De vervoerder wordt niet blootgesteld aan (voor hem onbekende) buitensporige risico's, die niet in verhouding staan tot de vergoeding voor de door de vervoerder geleverde prestatie.
- 3) Kleine fouten en verzuimen – die haast onvermijdelijk zijn – kunnen niet leiden tot een buitensporige omvang van aansprakelijkheid.
- 4) Het risico van de vervoerder is verzekeraar.

In het licht van deze argumenten is begrijpelijk dat de beperking van aansprakelijkheid niet al te snel kan worden doorbroken. Het criterium dat de wetgever heeft voor doorbreking van aansprakelijkheid een verzwaard schuldbegrip voorgeschreven (voorheen 'opzet of grove schuld' en thans opzet of roekeloosheid 'met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien'). De wetgever overwoog in dat kader:

"Voor de gevolgen van eigen opzet of aan opzet grenzende schuld behoort de vervoerder steeds in vollen omvang op te komen".¹¹⁰

De rechtvaardiging van het verzwaarde schuldbegrip is derhalve vooral moreel van aard. Bij overschrijding van de door de wetgever getrokken schuldgrens behoren de belangen van de vervoerder, die met het systeem van beperkte aansprakelijkheid worden gediend, niet langer bepalend te zijn en dient het belang van de schuldeiser te prevaleren.

3.3.6 *Toepassing in de lagere jurisprudentie*

Nadat in de voorgaande paragrafen de historische achtergrond, de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad over de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht in kaart is gebracht, zal in de navolgende paragraaf worden stilgestaan bij de wijze waarop deze begrippen in de lagere rechtspraak worden toegepast. Eerder werd geconstateerd dat de wetgever bij de wijziging van het criterium van 'grote schuld' naar 'opzet of bewuste roekeloosheid', geen inhoudelijke wijziging heeft beoogd. Om te beoordelen of sprake was van grote schuld werd een objectieve toets gehanteerd. De Hoge Raad heeft met de 5-januari-arresten zowel in objectieve zin (de hoge drempelvoorwaarde) als in subjectieve zin (het bewustheidsvereiste) een veel strengere toetsingsmaatstaf voorgeschreven. Bij de beantwoording van de vraag hoe de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid in de lagere rechtspraak worden toegepast, is het daarom in het bijzonder van belang te beoordelen of de lagere rechtspraak de oude of de nieuwe toetsingsmaatstaf gebruikt.

110. *Kamerstukken II 1919/20, 448, 3, p. 56.*

Om een en ander in kaart te brengen is alle lagere rechtspraak vanaf de 5-januari-arresten beoordeeld tot 1 januari 2019.¹¹¹ Aangezien het doel van het onderzoek is om te beoordelen welke toetsingsmaatstaf de rechter aanlegt bij de beoordeling of sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, zijn alleen uitspraken bij het onderzoek betrokken die daarin inzicht geven. Dat vereist in de eerste plaats dat de uitspraken (in meer of mindere mate) een inhoudelijke overweging aan het begrip opzet of bewuste roekeloosheid wijden. Dit betekent dat uitspraken waarin overwegingen zijn opgenomen als *“gesteld noch anderszins gebleken is dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid”* of *“tussen partijen is niet in geschil dat geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid”* buiten beschouwing zijn gelaten. Hetzelfde geldt voor uitspraken waarin de rechter zich beperkt tot enkel het oordeel dat geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, zonder dit nader inhoudelijk te motiveren. Onder die categorie vallen bijvoorbeeld uitspraken waarin de rechter weliswaar een feitelijke stelling van de werkgever aanhaalt, maar oordeelt dat die stelling geen opzet of bewuste roekeloosheid oplevert, zonder dit te onderbouwen. Een voorbeeld van een dergelijke overweging is *“X heeft gesteld dat (...). Dit enkele feit levert nog geen opzet of bewuste roekeloosheid op”*. Tot slot zijn buiten beschouwing gelaten de uitspraken waarin de rechter weliswaar overging tot een gemotiveerde beoordeling van de vraag of sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid, maar waarin de door de ladingbelanghebbende gestelde feiten niet zijn komen vast te staan. Hierdoor werd namelijk niet toegekomen aan de vraag of deze feiten opzet of bewuste roekeloosheid opleverden.

Op basis van de bovenstaande criteria zijn 27 uitspraken aangetroffen waarin de rechter zich inhoudelijk over opzet of bewuste roekeloosheid heeft uitgelaten. In al deze uitspraken werd door de rechter getoetst aan het criterium uit de 5-januari-arresten. Toch werd in 19 van deze uitspraken niet getoetst of in het concrete geval sprake was van het bewustheidsvereiste. In 10 van deze gevallen werd de objectieve drempelvoorwaarde separaat getoetst en kwam de rechter tot de conclusie dat aan deze drempelvoorwaarde niet was voldaan.¹¹² Hierdoor is de rechter niet aan een beoordeling van het bewustheidsvereiste is toegekomen.

111. Er is beoogd een uitputtend onderzoek te doen naar alle jurisprudentie die is gepubliceerd op Rechtspraak.nl. Daarbij is een voorselectie gemaakt op basis van een combinatie van de zoektermen ‘roekeloosheid’, ‘wetenschap’, ‘schade’, ‘waarschijnlijk’ en ‘voortvloeiën’. Er is geen onderzoek gedaan naar niet-gepubliceerde rechtspraak.

112. Hof Arnhem 18 juni 2002, *ECLI:NL:GHARN:2002:AE4998*; Rb. Maastricht 8 december 2004, *ECLI:NL:RBMAA:2004:AS2059*; Rb. Arnhem 17 januari 2007, *ECLI:NL:RBARN:2007:AZ9281*; Hof ‘s-Hertogenbosch 15 mei 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BA7004*; Hof ‘s-Hertogenbosch 29 mei 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BA7214*; Rb. Breda 23 januari 2008, *ECLI:NL:RBBRE:2008:BC4336*; Rb. Haarlem 21 oktober 2009, *ECLI:NL:RBHAA:2009:BK3947*; Rb. Noord-Holland 3 april 2013, *ECLI:NL:RBNHO:2013:CA0271*; Rb. Rotterdam 8 maart 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:1973*; Hof ‘s-Hertogenbosch 13 februari 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:578*.

Een goed voorbeeld van een dergelijke uitspraak is het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 29 mei 2007 (ECLI:NL:GHSHE:2007:BA7214). Evenals in de 5-januari-arresten ging het in dit arrest om diefstal van een vrachtwagen die onbeheerd op een parkeerplaats (langs de A1) was achtergelaten. Het hof oordeelde dat door de ladingbelanghebbende niet was gesteld, en daarvan ook anderszins niet was gebleken, dat het parkeren op de gekozen parkeerplaats langs de A1 gevaarlijk was, in die zin dat de frequentie van diefstallen van de door de chauffeur gekozen parkeerplaats zodanig was, dat de kans op diefstal daar groter was dan de kans dat dat niet zou gebeuren. De stelling van de ladingbelanghebbende dat chauffeurs die regelmatig zendingen naar de betreffende plaats van bestemming transporteerden de parkeerplaatsen langs de A1 als zeer risicovol aanmerkten werd zonder hiervan bewijs toe te laten door het hof gepasseerd, omdat – zelfs als die stelling juist mocht blijken – dit gezien het toe te passen criterium onvoldoende was. Het moest immers gaan om een objectieve kans op diefstal die groter was dan de kans dat diefstal zou uitblijven. Hoe (ervaren) chauffeurs de parkeerplaats langs de A1 *kenmerkten* was voor dat objectieve gegeven niet van belang.

Ook in de overige 9 uitspraken werd geen subjectieve toets aangelegd. In deze uitspraken wordt echter geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen de drempelvoorwaarde en het bewustheidsvereiste.¹¹³ Dat betekent niet dat het criterium uit de 5-januari-arresten niet correct werd toegepast: de rechter heeft in deze uitspraken juist steeds zoveel mogelijk gebruik gemaakt van de definitie uit de 5-januari-arresten, om vervolgens te concluderen dat aan de gestelde vereisten niet was voldaan.

Een goed voorbeeld van deze toetsingswijze is te vinden in het vonnis van Rechtbank Utrecht van 12 maart 2008 (ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6476). In dit vonnis was het volgende aan de orde. De opdrachtgever had TNT de opdracht verstrekt op een gegeven adres een envelop op te halen en deze te bezorgen op een ander adres. Deze envelop bevatte een inschrijving voor een aanbestedingsprocedure. TNT zou de envelop ophalen tussen 11.00 en 12.00 uur en bezorgen tussen 12.59 en 13.30 uur. De envelop werd echter pas om 16.00 uur bezorgd. Op dat moment kon de envelop op het afleveradres niet meer in ontvangst worden genomen, met als gevolg dat de inschrijving niet in de aanbestedingsprocedure is meegenomen. De opdrachtgever stelde TNT aansprakelijk voor de volledige schade. TNT betwistte niet dat zij wanprestatie had gepleegd, maar beriep zich op de beperking van aansprakelijkheid ex artikel 29 Postwet. Daarmee kwam de vraag aan de orde of

113. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1204; Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA2466; Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9764; Rb. Utrecht 12 maart 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6476; Hof Arnhem 26 augustus 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1910; Rb. Zutphen 30 juni 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM9501; Rb. Limburg 19 maart 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:5220; Hof Amsterdam 9 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2110.

sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid, op basis waarvan de beperking van aansprakelijkheid kon worden doorbroken.

Voor een succesvol beroep van de opdrachtgever op bewuste roekeloosheid moest volgens de rechtbank vast te komen staan dat de koerier het gevaar van vertraging kende en zich bewust was dat de kans dat vertraging – als gevolg van zijn gedrag – op zou treden aanzienlijk groter was dan de kans dat vertraging zou uitblijven. De rechtbank oordeelde dat als al vast zou komen te staan dat er sprake was van kerstdrukke, dat de koerier later dan afgesproken was vertrokken, dat hij enig besef van tijd moet hebben gehad en voorts wist dat de zending uiterlijk om 13.30 uur bezorgd moest zijn, dit alles nog niet betekende dat de koerier in kwestie roekeloos had gehandeld met de wetenschap dat de schade daar waarschijnlijk uit zou voortvloeien. Dat de koerier heeft moeten beseffen dat hij te laat zou komen, betekent evenmin dat de koerier daadwerkelijk op enig moment (bewust) een keuze heeft gemaakt die het risico op te laat komen onaanvaardbaar heeft verhoogd.

Uiteindelijk stuit het beroep op bewuste roekeloosheid dus af op de omstandigheid dat de koerier niet op enig moment (bewust) een keuze heeft gemaakt die het risico op te laat komen onaanvaardbaar heeft verhoogd. Dit is een objectieve toets, waarin het bewustheidsvereiste verwezen is. Op deze wijze kon worden voorkomen dat de rechtbank zich moest buigen over de vraag of de stellingen van de ladingbelanghebbenden afstuitten op de drempelvoorwaarde of het bewustheidsvereiste. Een dergelijke toetsingswijze is alleen mogelijk als – zoals bij bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht – naast het bewustheidsvereiste een zeer streng objectief vereiste geldt.

In de overige acht uitspraken werd wel een oordeel gegeven over de subjectieve bewustheid. In drie van deze uitspraken lijkt de rechter in dat verband een geobjectieerde toets te hanteren.¹¹⁴ In twee uitspraken kwam de rechter tot de conclusie dat sprake was van subjectieve bewustheid, omdat deze bewustheid onvoldoende gemotiveerd was betwist.¹¹⁵ In één zaak werd geoordeeld dat sprake was van bewust roekeloos handelen, omdat de vervoerder wist dat hij de vracht dagen later had ingeladen dan was overeengekomen. De vervoerder wist dat de lading-

114. Rb. Dordrecht 2 november 2006, *ECLI:NL:RBDOR:2006:AZ2464*; Rb. Breda 24 september 2008, *ECLI:NL:RBBRE:2008:BF6680*; Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, *ECLI:NL:GHSHE:2011:BP1855*.

115. Hof Leeuwarden 9 april 2003, *ECLI:NL:GHLEE:2003:AU0156*; Rb. Gelderland 3 april 2013, *ECLI:NL:RBGEL:2013:CA1164*. Dit werd in eerste instantie ook geoordeeld in Rb. Haarlem 21 oktober 2009, *ECLI:NL:RBHAA:2009:BK3947*, maar daar slaagde de betrokkene erin het gestelde bewust roekeloos handelen in tweede instantie alsnog voldoende te betwisten. Het standpunt dat sprake was van bewust roekeloos handelen ketste uiteindelijk af op de drempelvoorwaarde.

belanghebbende hierdoor schade zou lijden.¹¹⁶ In twee gevallen werd bewust roekeloos handelen niet aanwezig geacht bij gebrek aan subjectieve bewustheid.¹¹⁷

Er zijn geen voorbeelden aangetroffen waarin – naast bewuste roekeloosheid – een separaat beroep werd gedaan op opzet, zodat niet kan worden beoordeeld hoe het opzetcriterium in de praktijk wordt toegepast. Met betrekking tot bewuste roekeloosheid luidt op basis van het voorgaande de conclusie dat de maatstaf uit de 5-januari-arresten in de lagere rechtspraak wordt gevolgd, maar dat dit in de praktijk van het vervoersrecht niet vaak leidt tot het aanleggen van een subjectieve toets. Het feit dat naast het bewustheidsvereiste een zeer streng objectief criterium geldt, heeft tot gevolg dat een objectieve toets in de meeste gevallen volstaat om het beroep van de ladingbelanghebbende op bewuste roekeloosheid af te wijzen.

Het overzicht van de bevindingen is weergegeven in tabel 3.2.

Tabel 3.2

	Totaal aantal uit-spraken	Objectieve toets	Oordeel over bewustheidsvereiste	Bewustheid subjectief ingevuld	Bewustheid objectief ingevuld
Opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht	27 (100%)	19 (70%)	8 (30%)	6 (23%)	2 (7%)
		Separate toets drempelvoorwaarde			
		10 (37%)			

3.4 OPZET OF BEWUSTE ROEKELOOSHEID IN VERBAND MET HET REGRESRECHT VAN UITKERINGSINSTANTIES OP WERKGEVERS EN COLLEGA-WERKNEMERS

3.4.1 *Historische en juridische achtergrond*

Het criterium opzet of bewuste roekeloosheid wordt gehanteerd in diverse sociale-zekerheidswetten in verband met de mogelijkheid van regres van de uitvoeringsin-

116. Rb. Oost-Brabant 13 februari 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:414*.

117. Hof Arnhem 6 april 2010, *ECLI:NL:GHARN:2010:BM1186*; Hof Amsterdam 15 november 2016, *ECLI:NL:GHAMS:2016:4632*. In laatstgenoemde uitspraak was evenmin voldaan aan de drempelvoorwaarde.

stantie op een aansprakelijke derde. In hoofdstuk 2 is in paragraaf 2.1 al kort aan deze wetgeving gerefereerd. Daar werd geconcludeerd dat deze wetgeving de aanleiding vormde voor de wetgever om het voorheen in artikel 1638x BW (oud) gebruikte criterium grove schuld in het Nieuw BW te wijzigen in opzet of bewuste roekeloosheid, zonder dat daarbij een inhoudelijke wijziging werd beoogd. Momenteel komt het criterium voor in artikel 91 lid 1 WAO, artikel 62 lid 1 Algemene nabestaandenwet (Anw), artikel 2.4.3 lid 4 Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo), artikel 10.2.3 lid 1 Wet langdurige zorg (Wlz), artikel 100 lid 2 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en artikel 52b lid 1 Ziektewet. Voorheen waren bovendien vergelijkbare regelingen opgenomen in artikel 83c Ziekenfondswet (Zfw), vervallen per 1 januari 2006 en artikel 65c lid 1 Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (Awbz), vervallen per 1 januari 2015.

De hiervoor genoemde wetten hebben met elkaar gemeen dat zij alle voor de uitvoeringsinstanties een mogelijkheid scheppen om de krachtens de betreffende wet gemaakte kosten te verhalen op een derde, die in verband met deze kosten jegens de uitkeringsgerechtigde naar burgerlijk recht aansprakelijk is en tot schadevergoeding jegens hem gehouden is.¹¹⁸ Het regresrecht geldt niet in alle gevallen onverkort. Tegenover een aansprakelijke werkgever of collega-werknemer (d.w.z.: persoon die werknemer is bij dezelfde werkgever als de uitkeringsgerechtigde) heeft de uitvoeringsinstantie alleen de mogelijkheid van regres, als de door de uitvoeringsinstantie gemaakte kosten het gevolg zijn van opzet of bewuste roekeloosheid van de aansprakelijke werkgever of collega-werknemer.

3.4.2 *Parlementaire geschiedenis*

De parlementaire geschiedenis over de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid in de hiervoor genoemde wetten biedt voor de uitleg van deze begrippen weinig houvast. De eerste regeling waarin het regresrecht was geregeld is artikel 91 WAO. In de parlementaire geschiedenis van de later ingevoerde regresregelingen is alleen opgemerkt dat de regeling inhoudelijk aansluit bij de al bestaande regelingen in andere wetten, zonder dat over de inhoud van opzet of bewuste roekeloosheid iets aanvullends werd overwogen.¹¹⁹

Uit de parlementaire geschiedenis bij de WAO blijkt dat de wetgever het criterium opzet of bewuste roekeloosheid heeft ontleend aan een advies van de Sociale Ver-

118. Denk bij dergelijke uitkeringsinstanties aan: de Sociale Verzekeringsbank (Anw), de gemeente (Wmo), een Wlz-uitvoerder (Wlz), het UWV (WIA en Ziektewet) of (voorheen) het Ziekenfonds (Zfw) of een zorgverzekeraar (Awbz).

119. Zie *Kamerstukken II* 1965/66, 8361, 3, p. 7; *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169, 3, p. 26; *Kamerstukken II* 1998/99, 26 238, 3, p. 8; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, 3, p. 212; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 891, 3, p. 194; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, 3, p. 158.

zekeringsraad, het orgaan dat adviseerde over de totstandbrenging van de WAO in de jaren '60 van de vorige eeuw. De Raad gaf in dit advies de aanbeveling een regeling in de WAO op te nemen die regres mogelijk maakt op de persoon die de schade 'opzettelijk of welbewust roekeloos' heeft veroorzaakt.¹²⁰ In de memorie van toelichting bij de WAO heeft de regering over deze aanbeveling het volgende opgemerkt:

*"De Raad acht het in elk geval gewenst in de wet de mogelijkheid van verhaal neer te leggen op degene, die de arbeidsongeschiktheid opzettelijk of wel bewust roekeloos heeft veroorzaakt. Met het gebruik van deze terminologie heeft de S.V.R. op het oog, dat de desbetreffende wettelijke bepaling het recht op verhaal enerzijds niet beperkt tot degene, die de arbeidsongeschiktheid opzettelijk heeft veroorzaakt doch anderzijds niet uitbreidt tot ieder, aan wie grove schuld in dezen te verwijten valt."*¹²¹

Hoewel uit deze passage kan worden afgeleid dat de wetgever met opzet of bewuste roekeloosheid een criterium bedoelde dat zich bevond tussen opzet en grove schuld, brengt die bevinding ons niet veel verder. De wetgever heeft immers niet aangegeven wat hij in deze context met opzet en grove schuld bedoelde. De wetgever heeft de concrete invulling van de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid kennelijk volledig overgelaten aan de jurisprudentie.

3.4.3 *Rechtspraak Hoge Raad*

Oudere jurisprudentie: bewustheid vereist

De eerste gelegenheid voor de Hoge Raad om zich inhoudelijk over het criterium opzet of bewuste roekeloosheid uit te laten vond plaats in 1975 en had betrekking op artikel 83c Zfw.¹²² Het ging in dit arrest om een aanrijding tussen een bromfietser, die een WAM-verzekering had gesloten bij Nationale Nederlanden en een van zijn collega-werknemers. Het Ziekenfonds stelde zich op het standpunt dat hij de door hem gemaakte kosten tot genezing van het slachtoffer op grond van artikel 6 WAM jo. 82b Zfw direct op Nationale Nederlanden kon verhalen. De Hoge Raad oordeelde echter dat het recht van verhaal dat het Ziekenfonds op grond van artikel 6 WAM had op Nationale Nederlanden niet verder ging dan de dekking van de WAM-verzekering. Deze verzekering dekte volgens de Hoge Raad niet meer of anders dan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerde, die voortvloeit uit de toepasselijke wet. Voor de verzekerde in kwestie betekende dit dat het Ziekenfonds op grond van artikel 83c Zfw alleen verhaal kon nemen als het ongeval het gevolg was van opzet of bewuste roekeloosheid. Het Ziekenfonds had om

120. *Advies van de Sociale Verzekeringsraad inzake 'verhaalsrecht c.a.', d.d. 21 februari 1963, 's-Gravenhage: Sociale Verzekeringsraad 1963, p. 10-13.*

121. *Kamerstukken II 1962/63, 7171, nr. 3, p. 20-21.*

122. *HR 7 november 1975, NJ 1976, 332, m.nt. Bloembergen (Ziekenfonds/Nationale Nederlanden).*

die reden alleen onder die omstandigheden direct verhaal op Nationale Nederlanden.

Het hof had in het in cassatie bestreden arrest geoordeeld dat van bewuste roekeloosheid in de gegeven omstandigheden eerst sprake kon zijn, wanneer de schuldlige niet alleen zou hebben gereden op een wijze die naar gangbare verkeersnormen als roekeloos moest worden bestempeld, maar zich ook in het licht van de feitelijke omstandigheden van die roekeloosheid redelijkerwijze bewust moet zijn geweest. Hoewel was komen vast te staan dat de verzekerde enkele verkeersregels had overtreden, was naar het oordeel van het hof van bewuste roekeloosheid in de hiervoor genoemde zin geen sprake. In cassatie werd de door het hof gegeven definitie van bewuste roekeloosheid niet betreden. Wel richtte het Ziekenfonds enkele klachten tegen de wijze waarop het hof zijn oordeel feitelijk had onderbouwd. De Hoge Raad oordeelde dat de tegen de oordelen van het hof gerichte klachten niet tot cassatie konden leiden, omdat de oordelen niet getuigden van een onjuiste rechtsopvatting, niet onbegrijpelijk waren en voor het overige als verweven met de feiten niet voor toetsing in cassatie vatbaar waren.

In 1988 kreeg de Hoge Raad een betere gelegenheid zich inhoudelijk over het criterium opzet of bewuste roekeloosheid uit te laten.¹²³ In deze procedure verhaalde de Bedrijfsvereniging voor Bank en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen, die in specifieke sectoren belast was met de uitvoering van de Ziektewet en de WAO, de door haar betaalde uitkeringen op grond van artikelen 52b Ziektewet en 91 WAO op (de bestuurders van) Fiber Recycling Company. Als gevolg van een arbeidsongeval was een van de werknemers van Fiber Recycling Company langdurig arbeidsongeschikt geworden. Als gevolg daarvan had deze werknemer diverse uitkeringen ontvangen. In een eerdere procedure was komen vast te staan dat Fiber Recycling Company haar zorgplicht had geschonden en aansprakelijk was voor de door de werknemer geleden schade. In de regresprocedure had het hof in het in cassatie bestreden arrest geoordeeld, dat verhaal op grond van artikelen 52b Ziektewet en 91 WAO niet mogelijk was, omdat geen sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid bij (de bestuurders van) Fiber Recycling Company. Tegen dit oordeel richtte zich een van de klachten in cassatie.

De Hoge Raad leidde uit het bestreden arrest af dat het hof van oordeel was, dat zelfs als de feitelijke stellingen die de Bedrijfsvereniging aan haar vordering ten grondslag had gelegd waren komen vast te staan, niet kon worden gesproken van opzet of bewuste roekeloosheid. Volgens de Hoge Raad gaf dit oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was het bovendien naar de eisen van de wet met redenen is omkleed. Hieraan voegde de Hoge Raad het volgende toe:

123. HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 1032, m.nt. Vranken.

“Daarbij verdient opmerking dat de feiten en omstandigheden welke het hof in voege als voormeld in aanmerking heeft genomen, niet nopen tot de conclusie dat [de bestuurder] zich op grond van de ten processe bedoelde soortgelijke, aan de onderhavige voorafgegane bedrijfsongevallen ervan bewust heeft moeten zijn dat die ongevallen zo al niet uitsluitend dan toch mede daaraan waren te wijten dat in de onderneming waarvan hij de leiding had, de met betrekking tot die onderneming geldende veiligheidsvoorschriften niet in acht waren genomen en desondanks heeft nagelaten daarin te voorzien.”

Uit deze overweging kan worden afgeleid dat volgens de Hoge Raad voor bewuste roekeloosheid een bewustheidsvereiste gold. Voor bewuste roekeloosheid was vereist dat de bestuurder zich op basis van eerdere arbeidsongevallen zou hebben beseft, dat de onderneming haar zorgverplichting – in de vorm van veiligheidsvoorschriften – niet naleefde en toch heeft nagelaten daar verandering in te brengen.

Latere jurisprudentie: geen bewustheidsvereiste

In latere arresten lijkt de Hoge Raad op het bewustheidsvereiste te zijn teruggekomen. Een eerste aanwijzing daarvoor kan worden gevonden in twee arresten die de Hoge Raad wees in 1990 (Ziekenfonds/De Vries) en 1991 (Anthony Vedder). Het eerstgenoemde arrest had betrekking op het regresrecht ex artikel 83c Zfw.¹²⁴ De werknemer in kwestie moest op de werkplaats op 10 meter hoogte een zogeheten demper aanbrengen. Bij het takelen van de demper waren de kabels van de hijsapparatuur in de war geraakt, waarna de werknemer vanaf een steiger op een reeds aangebrachte verdeelkast was geklommen. Daarbij had de werknemer misgestapt en was hij ten val gekomen, met ernstig letsel tot gevolg. Volgens het hof had de werkgever de op hem rustende zorgplicht geschonden, door op de werkplaats ontoereikend materieel te verschaffen, waardoor op de werkplaats ‘onveilige improvisaties’ werden uitgelokt. Het hof voegde hieraan toe dat – hoewel sprake was van een onveilige situatie – het ‘teweegbrengen’ van het handelen van de werknemer niet een zodanig gevaarlijke of onveilige situatie in het leven riep, dat het aanvaarden van die handelwijze van de werknemer door de werkgever met redelijke mate van zekerheid tot het ongeval zou leiden. Om die reden had de werkgever zich niet schuldig gemaakt aan bewuste roekeloosheid.

De Hoge Raad oordeelde in cassatie dat de omstandigheid dat de werkgever op grond van artikel 1638x BW (oud) aansprakelijk was, op zichzelf niet meebracht dat op hem door het Ziekenfonds regres kon worden genomen. De in artikel 83c Zfw vervatte uitsluiting van het regres kon alleen worden doorbroken in het geval van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Gezien het uitzonderingskarakter van deze bepaling zouden aan het aannemen van opzet of bewuste roekeloosheid ‘zware eisen’ moeten worden gesteld. In dat licht gezien gaf het oordeel van het hof

124. HR 7 december 1990, NJ 1991, 596 (Ziekenfonds/De Vries).

volgens de Hoge raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Wat door de Hoge Raad onder 'zware eisen' werd verstaan, kan uit het arrest niet worden opgemaakt. Wel valt op dat het eerdergenoemde bewustheidsvereiste in het arrest niet terugkeert.

Dat geldt ook voor het niet veel later gewezen arrest uit 1991.¹²⁵ In dit arrest ging het om een verhaalsactie op grond van artikelen 52b Ziektewet en 91 WAO, naar aanleiding van een explosie die zich had voorgedaan op het schip Anthony Vedder. Bij die explosie waren twee werknemers gewond geraakt en als gevolg daarvan arbeidsongeschikt geworden. De Hoge Raad overwoog in het arrest opnieuw dat verhaal op hen die tot de kring van de onderneming behoren, alleen in uitzonderingssituaties mogelijk is. Gelet op het uitzonderingskarakter van opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever zou volgens de hoge Raad 'niet spoedig mogen worden aangenomen' dat daarvan sprake was. Wederom werd door de Hoge Raad geen nadere invulling gegeven aan het criterium en keerde het bewustheidsvereiste niet terug. Het cassatieberoep strandde in dit arrest overigens niet op basis van een inhoudelijk oordeel over opzet of bewuste roekeloosheid. Het hof had volgens de Hoge Raad terecht geoordeeld dat – gelet ook op hun positie in het maatschappelijk verkeer – bewuste roekeloosheid van de kapitein of werktuigkundige niet als bewuste roekeloosheid van de werkgever kon worden beschouwd.

Na het arrest Anthony Vedder heeft de Hoge Raad zich lang niet inhoudelijk over opzet of bewuste roekeloosheid hoeven buigen. Daarin kwam verandering toen hij in 2009 het arrest Schulp en Schuim/Zorg en Zekerheid wees.¹²⁶ In dit arrest ging het om een uitzendkracht die bij inlener Schulp en Schuim een arbeidsongeval met een snijmachine was overkomen. Deze uitzendkracht was op grond van de Ziekenfondswet aangesloten bij het Ziekenfonds Zorg en Zekerheid, dat de ziekenkosten ten behoeve van de uitzendkracht verhaalde op Schulp en Schuim. In het in cassatie bestreden arrest had het hof een inhoudelijk oordeel gegeven over de vraag wanneer met betrekking tot het voorkomen van bedrijfsongevallen sprake was van bewuste roekeloosheid. Dit was volgens het hof het geval als:

"(...) de werkgever, terwijl hij wist, althans zich behoorde te realiseren, dat de wijze waarop hij de arbeid doet verrichten, zonder het nemen van (naar de stand van de techniek doeltreffende en in de bedrijfstak waarin hij opereert geen ongebruikelijke) voorzorgsmaatregelen tot geenszins als denkbeeldig te beschouwen situaties kan leiden, waarbij de werknemer ernstig lichamelijk letsel of andere ernstige schade oploopt, desalniettemin die arbeid zonder evenbedoelde voorzorgsmaatregelen laat uitvoeren."

125. HR 4 oktober 1991, NJ 1992, 410, m.nt. Mendel (Anthony Vedder).

126. HR 27 november 2009, JAR 2010/16 (Schulp en Schuim/Zorg en Zekerheid).

Naar het oordeel van het hof was in de gegeven omstandigheden aan deze vereisten voldaan. In cassatie richtte Schulpen Schuim een klacht tegen dit criterium. Volgens Schulpen Schuim gaven de woorden ‘althans zich behoorde te realiseren’ ruimte om bewuste roekeloosheid als geobjectiveerd begrip op te vatten. De Hoge Raad is in zijn arrest niet aan een beslissing over deze klacht toegekomen, omdat het bestreden arrest al op een andere klacht sneuvelde. Het hof had volgens de Hoge Raad ten onrechte geen kenbare aandacht besteed aan de vraag of de positie die de chef van de snijafdeling – wiens handelen werd gekwalificeerd als bewuste roekeloosheid – binnen de onderneming van Schulpen Schuim van dien aard was dat diens handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer als handelen of nalaten van de werkgever in de zin van art. 83c Zfw kon gelden. Daarbij wees de Hoge Raad wederom op het uitzonderingskarakter van artikel 83c Zfw. Dit uitzonderingskarakter brengt mee dat bij de beantwoording van de vraag of het handelen of nalaten van een werknemer van een rechtspersoon als opzet of bewuste roekeloosheid *van de rechtspersoon als werkgever* kan gelden, in het algemeen bepalend zal zijn of diens positie binnen de kring van de onderneming in het maatschappelijk verkeer met die van de – voor de organisatie van de betrokken werkzaamheden verantwoordelijke – bestuurder van de rechtspersoon op één lijn gesteld kan worden.

Hoewel de Hoge Raad geen beslissing nam over de klacht die was gericht tegen de uitleg die het hof aan het criterium bewuste roekeloosheid had gegeven, gaf de Hoge Raad in het kader van het toerekeningsvraagstuk wel een eigen definitie aan het criterium. Opnieuw verwijzend naar het uitzonderingskarakter van opzet of bewuste roekeloosheid, herhaalde de Hoge Raad dat opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever in de zin van art. 83c Zfw niet spoedig mag worden aangenomen. De omstandigheid dat de werkgever op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk is, brengt op zichzelf niet mee dat op hem regres kan worden genomen. Hier voegde de Hoge Raad aan toe:

“De – zware – eisen die voor het doorbreken van de in art. 83c Zfw vervatte uitsluiting van het verhaalsrecht aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever moeten worden gesteld, brengen mee dat het desbetreffende feit (het arbeidsongeval) in overwegende mate het gevolg dient te zijn van een, aan de leiding van de onderneming te wijten, falende organisatie van de bewuste, risicovolle, werkzaamheden binnen de onderneming van de werkgever, welke van dien aard is dat deze als opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever valt aan te merken.”

In deze definitie rept de Hoge Raad niet over een bewustheidsvereiste. Integendeel: het criterium ‘falende organisatie van de werkzaamheden’ die aan de leiding van de onderneming is te wijten, wijst op een objectief criterium, waarbij de psy-

chische toestand van de leiding van de onderneming geen rol lijkt te spelen.¹²⁷ Ook de omstandigheid dat de aard van het falen van de organisatie ertoe kan leiden dat deze als opzet of bewuste roekeloosheid valt 'aan te merken' lijkt hierop te wijzen. In plaats van een 'psychologische' definitie kiest de Hoge Raad voor een meer juridische (normatieve) definitie of basis waarvan een gedraging kan *gelden als* opzet of bewuste roekeloosheid, zonder dat daadwerkelijke bewustheid van de leiding van de onderneming vereist is.

De conclusie op basis van het voorgaande luidt dat er in de loop der jaren een ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad heeft plaatsgevonden. Waar voor bewuste roekeloosheid eerst wél een bewustheidsvereiste gold, kan uit het arrest Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid worden afgeleid dat dit sinds het wijzen van dit arrest niet meer het geval is.

3.4.4 *Ratio van de beperking van het regresrecht*

Parlementaire geschiedenis bij de WAO

Over de ratio van de beperking van het regresrecht van uitkeringsinstantie op werkgevers en collega-werknemers heeft de wetgever zich duidelijk uitgelaten in de parlementaire geschiedenis van de WAO.¹²⁸ Zoals hiervoor toegelicht heeft de wetgever ervoor gekozen om een algemeen regresrecht van uitkeringsinstanties op derden te introduceren.

De Sociale Verzekeringsraad had de wetgever geadviseerd om geen verhaalsrecht te introduceren op personen die bij de verzekering betrokken zijn en de schade niet opzettelijk of bewust roekeloos hebben veroorzaakt. De raad ging er daarbij vanuit dat de kring van bij de verzekering betrokken personen zekere risico's overdraagt op het verzekeringsorgaan dat daarvoor de premies ontvangt. De raad achtte het gewenst dat onder de risico's die overgedragen werden, ook het risico aangesproken te worden door het verzekeringsorgaan zou worden begrepen. De wetgever heeft dit advies van de raad overgenomen:

*"De vraag rijst thans of het uitvoeringsorgaan in alle gevallen regres dient te hebben op de aansprakelijke persoon. De ondergetekende meent deze laatste vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Hij is van oordeel, dat het uitvoeringsorgaan geen verhaal dient te hebben in de gevallen, waarin de voor de arbeidsongeschiktheid aansprakelijke persoon de werkgever van de gelaedeerde is. Deze werkgever betaalt immers zelf aan de arbeidsongeschiktheidsverzekering mee, juist (mede) omdat de gelaedeerde in zijn dienst werkzaam is."*¹²⁹

127. Zie ook de annotatie bij publicatie van het arrest in JA 2010/15, waarin annotator F.M. Ruitenberg-Bart dezelfde lezing heeft van het arrest.

128. Kamerstukken II 1962/63, 7171, 3, p. 19-21.

129. Kamerstukken II 1962/63, 7171, 3, p. 21. Zie tevens Kamerstukken II 1964/65, 7171, 15, p. 11.

De omstandigheid dat de werkgever zelf meebetaalde aan de premie voor de verzekering op grond van de WAO, moest tot gevolg hebben dat hij niet door de uitkeringsinstantie kon worden aangesproken voor gedragingen tegenover de uitkeringsgerechtigde, afgezien van gevallen waarin sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid. In dit verband moet worden opgemerkt dat het regresrecht in eerste instantie alleen werd beperkt ten aanzien van werkgevers en niet ten aanzien van collega-werknemers. Pas nadat het amendement Van Lier werd aangenomen, werd de beperking van het regresrecht uitgebreid naar de groep collega-werknemers. De bedoeling van het amendement was dat het de collega van de verzekerde in dezelfde gunstige positie zou brengen als zijn werkgever.¹³⁰ Voor een onderscheid tussen werkgevers en collega-werknemers was volgens de indiener van het amendement geen grond, omdat premies voor de WAO (destijds) ook door werknemers werden betaald.¹³¹ De minister gaf aan dat er argumenten voor en tegen deze toevoeging bestonden. Hij liet het oordeel over het amendement uiteindelijk aan de Kamer.¹³² Die besloot het amendement aan te nemen. Dit betekent dat ratio van de beperking tot regres op een collega-werknemer gelijk is aan de ratio van die beperking ten aanzien van werkgevers. Bij deze ratio spelen de risico's in verband met de uitvoering van de werkzaamheden geen enkele rol.¹³³

Parlementaire geschiedenis bij artikel 6:107a BW

Ten aanzien van collega-werknemers kwam daarin verandering met de introductie van artikel 6:107a BW. Deze bepaling, die regres van de werkgever op derden van schade in verband met de loondoorbetaling bij ziekte mogelijk maakte, hield nauw verband met de uitbreiding van het risico en de verantwoordelijkheden van de werkgever als gevolg van de privatisering van de Ziektewet. Diverse adviesorganen – waaronder de SER – wezen op de wenselijkheid van de toekenning van een regresrecht aan de werkgever, zeker omdat de overheid als werkgever een dergelijk recht al kende. In de parlementaire geschiedenis werd het volgende overwogen:

“Terecht wezen de adviesorganen erop dat mede als uitloeijsel van de recente wijzigingen van de sociale zekerheidswetgeving, ook de positie van de werkgever in het maatschappelijk verkeer veranderd is. In het kader van het volumebeleid heeft de werkgever voor zijn zieke en arbeidsongeschikte werknemers een grotere verantwoordelijkheid gekregen, ook als de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid buiten zijn

130. Kamerstukken II 1964/65, 7171, 29, p. 1.

131. Handelingen II 1964/65, p. 1671.

132. Handelingen II 1964/65, p. 1725.

133. Zo concludeert ook A-G Ten Kate in zijn conclusie voor HR 7 november 1975, NJ 1976, 332: “De uitsluiting van het verhaal door het sociale-verzekeringsorgaan op de collega-werknemer als bedoeld heeft derhalve dezelfde grond als de uitsluiting van de werkgever in het oorspronkelijke ontwerp had. In deze zienswijze vormen bedoelde bedrijfsgenoten een soort gesloten gemeenschap waarin allen bijdragen aan de sociale verzekering. Daarbinnen past geen verhaal van de kant van het uitvoeringsorgaan. Verband met de te verrichten of verrichte arbeid en het daaraan verbonden risico wordt niet gelegd.”

invloedssfeer ligt. De werkgever heeft als het ware een deel van de sociale verzekeringen overgenomen. Waar de werkgever bepaalde verplichtingen opgelegd krijgt, is het niet meer dan billijk hem terzake ook de corresponderende rechten toe te kennen."¹³⁴

Het regresrecht van de werkgever op grond van artikel 6:107a BW verschilt in zoverre van de regresbepalingen in sociale werkverzekeringswetgeving, dat de werkgever zelf moet worden gelijkgesteld aan een uitkeringsinstantie. Een beperking van de regresmogelijkheid op de werkgever is daarmee niet aan de orde. Dat geldt wel voor de vraag of de werkgever een regresrecht heeft op de bij hem werkzame collega's van de werknemer wiens loon tijdens arbeidsongeschiktheid moet worden doorbetaald. De wetgever heeft besloten om dat regresrecht te beperken tot gevallen waarin sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid van de collega-werknemer. Hiervoor had de wetgever een andere reden dan in de hiervoor besproken sociale verzekeringswetten:

"Bij de leden van de D66-fractie bestaat enige onduidelijkheid over de mogelijkheid van de werkgever om een schadevergoedingsactie in te stellen tegen de werknemer indien zijn arbeidsongeschiktheid rechtstreeks is te wijten aan zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

Allereerst kan hierover worden opgemerkt dat artikel 6: 107a BW de werkgever een regresrecht geeft in het geval een ander dan de werknemer aansprakelijk is voor de oorzaak van de ziekte of arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Ingevolge het derde lid van dit artikel is bovendien dit regresrecht beperkt indien de aansprakelijke persoon een collega-werknemer is. De werkgever kan dan slechts regres nemen indien de ongeschiktheid tot werken het gevolg is van de opzet of bewuste roekeloosheid van de collega-werknemer. Deze beperking vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat de dagelijkse omgang op de werkplek met werktuigen en gereedschappen de werknemer er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen noodzakelijk is. Het is dan redelijk de daaruit voortvloeiende schade die binnen dienstverband wordt opgelopen voor rekening van de werkgever te laten. Bovendien kan een onbeperkt regresrecht op een collega-werknemer de verhoudingen op de werkplek verstoren."¹³⁵

De wetgever legt aan de beperking van het regresrecht op collega-werknemers aldus twee argumenten ten grondslag. In de eerste plaats voert de wetgever de door de Hoge Raad vaak aangehaalde 'ervaringsregel' aan.¹³⁶ De wetgever stelt zich op het standpunt dat het redelijk is om de uit dergelijke risico's voortvloeiende schade voor rekening van de werkgever te laten en dit dus voor zijn risico te laten komen. In de tweede plaats zou regres op collega-werknemers 'de verhoudingen op de werkplek kunnen verstoren'.

134. *Kamerstukken II 1994/95, 24 326, 3, p. 8-9.*

135. *Kamerstukken II 1995/96, 24 326, 7, p. 10.*

136. Het is overigens opvallend dat de wetgever in artikel 6:107a lid 4 BW geen enkele koppeling heeft gemaakt met de uitvoering van de werkzaamheden. Dat had in het licht van dit argument wel voor de hand gelegen.

Parlementaire geschiedenis bij de AWBZ en de WMO 2015

Bij de latere invoering van de AWBZ en de WMO 2015 zijn voor de beperking van het regresrecht op de collega-werknemer door de wetgever dezelfde argumenten aangevoerd.¹³⁷ De wetgever merkte op dat bij het ontbreken van de beperking van het regresrecht op collega-werknemers in de gevallen waarin zij schuld zouden hebben aan een ongeval, collega-werknemers door de uitkeringsinstantie zouden kunnen worden aangesproken. De wetgever overwoog dat waar mensen intensief samenwerken en ongelukken die aan iemands schuld te wijten zijn zich makkelijk kunnen voordoen, een dergelijk regres – en de noodzaak zich daarvoor te moeten verzekeren – niet gewenst is. Het risico van normale bedrijfsongevallen komt daarmee voor rekening van de uitkeringsinstantie, aldus de wetgever.

Opvallend genoeg keert het argument voor de invoering van de beperking van de mogelijkheid van regres op werkgevers niet terug in de parlementaire geschiedenis van de AWBZ en WMO 2015. Dat is verklaarbaar, omdat werkgevers – anders dan bij werknemersverzekeringen – niet bijdragen aan de premies voor volksverzekeringen.¹³⁸ Welke rechtvaardiging er bestaat voor de beperking van het regresrecht op werkgevers in het kader van volksverzekeringen is dus niet duidelijk.

Door dit alles dient zich overigens wel de vraag aan hoe de beperking van het regresrecht van uitkeringsinstanties op collega-werknemers zich verhoudt tot het systeem van artikel 6:170 BW. De toepasselijkheid van dit wetsartikel is namelijk niet op dezelfde wijze beperkt. Ook collega-werknemers kunnen op grond van dit artikel worden aangesproken door (de verzekeraar van) een werknemer aan wie de collega-werknemer schade heeft toegebracht. Het systeem van artikel 6:170 BW gaat ervan uit dat werknemers die een onrechtmatige daad plegen tegenover derden, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de volledige schade. Deze aansprakelijkheid bestaat naast de hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 6:170 BW. Alleen in de onderlinge verhouding tussen de werkgever en de werknemer zal de werkgever de volledige schade moeten dragen, buiten gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Met andere woorden: als de werknemer en niet de werkgever voor het geheel wordt aangesproken kan de werknemer voor de volledige schadevergoeding regres nemen op de werkgever. Andersom zal de werkgever die voor het geheel is aangesproken geen regres kunnen nemen op de werknemer. Deze constructie brengt het risico mee, dat de werknemer uiteindelijk de volledige of gedeeltelijke schade zal moeten dragen, bijvoorbeeld als de werkgever geen verhaal biedt. Kennelijk wordt dit risico door de wetgever niet als maatschappelijk onaanvaardbaar beschouwd.

137. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 238, 3, p. 8 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, 3, p. 158.

138. Omgekeerd dragen werknemers in beginsel niet (meer) bij aan de premies voor werknemersverzekeringen.

De argumenten die ten grondslag liggen aan de beperking van het regresrecht van uitkeringsinstanties op collega-werknemers, gelden in gelijke mate voor gevallen waarop artikel 6:170 BW van toepassing is. In die gevallen waren deze argumenten kennelijk onvoldoende zwaarwegend om de aansprakelijkheid van collega-werknemers te beperken.

Mijns inziens is de enige logische verklaring voor het onderscheid systematisch van aard. Dit is een verklaring die niet in de parlementaire geschiedenis wordt genoemd. Zoals gezegd gaat artikel 6:170 BW ervan uit dat naast de werknemer ook de werkgever hoofdelijk aansprakelijk is voor de aan een derde toegebrachte schade en de werknemer regres kan nemen op de werkgever. Aansluiting bij deze regeling in het kader van de regresmogelijkheid van uitkeringsinstanties zou tot gevolg hebben dat de werkgever uiteindelijk de volledige schade zal moeten dragen. En juist dát heeft de wetgever – op basis van een geheel eigen rechtvaardiging – onwenselijk gevonden.

Samenvattend moet worden geconcludeerd dat de rechtvaardiging voor de beperking van de mogelijkheid van regres op werkgevers en werknemers – hoewel oorspronkelijk hetzelfde – inmiddels uiteenloopt. De rechtvaardiging van de beperking ten aanzien van werkgevers moet uitsluitend worden gezocht in de omstandigheid dat de werkgever bijdraagt aan de premies en uit dien hoofde gevrijwaard moet blijven van het risico van ‘normale bedrijfsongevallen’ (ongevallen die niet het gevolg zijn van opzet of bewuste roekeloosheid). Voor de beperking van het regresrecht ten aanzien van collega-werknemers zijn twee argumenten aangevoerd:

- 1) De uitkeringsinstantie dient de risico's te dragen van normale bedrijfsrisico's (die het gevolg zijn van normale schuld, geen opzet of bewuste roekeloosheid), omdat dergelijke ongevallen nu eenmaal gemakkelijk kunnen plaatsvinden (de zogenoemde 'ervaringsregel'). Het werd onwenselijk en onbillijk werd geacht dat de collega-werknemer hiervan het risico zou moeten dragen en zich aanvullend zou moeten verzekeren.
- 2) Het regresrecht zou de arbeidsverhoudingen kunnen verstoren.

Het criterium opzet of bewuste roekeloosheid geldt zowel ten aanzien van de werkgever als ten aanzien van de werknemer als omslagpunt, waarna de hiervoor genoemde argumenten nog onvoldoende gewicht in de schaal leggen voor beperking van de mogelijkheid tot regres.

3.4.5 *Toepassing in de lagere jurisprudentie*

Dezelfde ontwikkeling die in de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden waargenomen, valt waar te nemen in de lagere rechtspraak. De hoeveelheid beschikbare

gepubliceerde rechtspraak waarin inhoudelijk over het criterium opzet of bewuste roekeloosheid wordt geoordeeld is beperkt. Een limitatief onderzoek naar de gepubliceerde rechtspraak leverde 12 uitspraken op. In alle uitspraken werd beoogd een strenge toets aan te leggen. In 7 van de 12 uitspraken leidde dat tot een subjectieve maatstaf.¹³⁹ De gehanteerde maatstaf was echter allesbehalve uniform.

Zo oordeelde Rechtbank Breda in het vonnis van 19 februari 1974 (*NJ* 1975, 303) dat onder bewuste roekeloosheid moest worden verstaan: 'een zeer ernstige mate van schuld, waarbij de schuldlige besef moet hebben gehad van de risico's, die hij door zijn handelen in het leven riep, maar desondanks deze handeling niet achterwege liet'. Hetzelfde criterium werd gehanteerd door Rechtbank Zutphen in het vonnis van 26 maart 1987 (*NJ* 1988, 719). Rechtbank Haarlem ging verder in het vonnis van 17 oktober 1978 (*NJ* 1979, 350), waarin werd geoordeeld dat slechts van bewuste roekeloosheid kon worden gesproken: 'indien men desbewust, d.w.z. zich daarvan rekenschap gevend althans met werkelijke kennis van feiten en omstandigheden waaruit zulks voor hem duidelijk had moeten zijn, eigen of andermans leven in de waagschaal stelt'. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam Gerechtshof Leeuwarden in zijn arrest van 26 juli 1989 (*BR* 1989, p. 776): van bewuste roekeloosheid kon alleen sprake zijn 'indien men desbewust althans met werkelijke kennis van feiten en omstandigheden, waaruit zulks duidelijk had moeten zijn, toch handelende dan wel nalatende de gezondheid of zelfs het leven van werknemers in de waagschaal stelt'. Het verst ging Rechtbank Zwolle in zijn vonnis van 8 januari 1986 (*NJ* 1987, 998). De Rechtbank beperkte bewuste roekeloosheid tot: 'opzet, gericht op het veroorzaken van omstandigheden, welke ernstig risico voor de gezondheid van een ander met zich mede brengen'.

In de overige 5 uitspraken werd duidelijk een objectief criterium gebruikt.¹⁴⁰ Het valt op dat van de zes recentste uitspraken in vier uitspraken een objectief criterium werd gehanteerd. In de twee uitspraken die zijn gewezen sinds het arrest Schulp en Schuim/Zorg en Zekerheid vond een objectieve toetsing plaats.

In het arrest van Gerechtshof 's-Gravenhage van 16 oktober 2012 (*ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0811*) ging het bijvoorbeeld om een werknemer die tijdens montagewerkzaamheden – waarbij geen gebruik werd gemaakt van veiligheids gordels – zijn evenwicht was verloren en van een hoogte van circa 3,5 meter

139. Rb. Breda 19 februari 1974, *NJ* 1975, 303 (art. 83c Zfw); Rb. Haarlem, 17 oktober 1978, *NJ* 1979, 350 (artt. 52b Zw en 91 WAO); Rb. Zwolle 8 januari 1986, *NJ* 1987, 998 (art. 83c Zfw); Rb. Zutphen 26 maart 1987, *NJ* 1988, 719 (art. 83c Zfw); Hof Leeuwarden 26 juli 1989, *BR* 1989, p. 776 e.v. (artt. 52b Zw en 91 WAO); Hof Arnhem 30 oktober 1990, *VR* 1991, 117 (art. 83c Zfw); Rb. Breda 21 maart 2007, *ECLI:NL:RBBRE:2007:BA1604* (art. 83c Zfw).

140. Hof Leeuwarden 29 juni 1977, *NJ* 1978, 122; Rb. Breda 2 januari 1990, *NJ* 1991, 140; Rb. Maastricht 13 juli 2011, *ECLI:NL:RBMAA:2011:BT8416*; Hof 's-Gravenhage 16 oktober 2012, *ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0811*; Rb. 's-Gravenhage 1 mei 2002, *VR* 2003, 77.

ten val was gekomen. De werknemer had daarbij ernstig letsel aan zijn beide enkels had opgelopen. Onder verwijzing naar het criterium uit het arrest Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid overwoog het hof dat er inderdaad sprake was van valgevaar, maar dat ten aanzien van het ontbreken van voldoende veiligheidsvoorzieningen ten tijde van het ongeval niet gezegd kan worden dat de werkgever een dermate ernstig verwijt trof, dat geoordeeld moest worden dat sprake was van bewuste roekeloosheid in de zin van artikel 83b Zfw (oud). Daartoe overwoog het hof dat het ging om een VCA-gecertificeerd bedrijf, dat de werknemer zelf ook VCA-gecertificeerd was, dat elk personeelslid bij aanvang van de werkzaamheden een veiligheidshandboek kreeg, dat de werknemer al 11 jaar ervaring had met de werkzaamheden, dat elke werknemer eigen veiligheidsgordels kreeg, dat er daarnaast op de locatie ook nog veiligheidsgordels aanwezig zijn, en dat er op de bouwlocatie niet eerder een vergelijkbaar ongeval had plaatsgevonden. Verder was het dragen van veiligheidsgordels door de werkgever verplicht gesteld. Voor zover de werkgever verweten kon worden dat hij onvoldoende toezicht had gehouden op het gebruik van veiligheidsgordels was het hof van oordeel dat dit verwijt niet zodanig ernstig was dat dit gekwalificeerd diende te worden als bewuste roekeloosheid.

De conclusie op basis van het voorgaande luidt dat de trend van de jurisprudentie van de Hoge Raad, die een ontwikkeling laat zien van een subjectieve toets met bewustheidsvereiste naar een objectieve toets, in de lagere rechtspraak wordt gevolgd. De bevindingen zijn hieronder zichtbaar gemaakt in tabel 3.3.

Tabel 3.3

	Totaal	Subjectief criterium	Objectief criterium
Opzet of bewuste roekeloosheid in verband met regresrecht op werkgever en collega-werknemer	12 (100%)	7 (58%)	5 (42%)
		Waarvan sinds arrest Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid	Waarvan sinds arrest Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid
		0 (0%)	2 (100%)

3.5 OPZET OF BEWUSTE ROEKeloosHEID IN HET CONTRACTENRECHT

3.5.1 *Historische en juridische achtergrond*

In de praktijk van het contractenrecht is het gebruikelijk dat zakelijke contracten exonerationbedingen bevatten. Een exonerationbeding is een beding op grond waarvan een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, die ontstaat door wanpresta-

tie of door een onrechtmatige daad, wordt uitgesloten of beperkt.¹⁴¹ De mogelijkheid tot het beperken of uitsluiten van aansprakelijkheid is niet onbegrensd. Een exoneratiebeding kan door de rechter steeds op redelijkheid worden getoetst. Daarbij geldt dat de aansprakelijkheid van een partij niet contractueel door middel van een exoneratiebeding kan worden uitgesloten, als dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad heeft in een reeks arresten gezichtspunten geformuleerd aan de hand waarvan de redelijkheid van een exoneratiebeding moet worden getoetst.

Zo oordeelde de Hoge Raad in het befaamde arrest Saladin/HBU dat het antwoord op de vraag in welke gevallen de partij die haar aansprakelijkheid voor zekere gedragingen door middel van een contractueel beding heeft uitgesloten, geen beroep kan doen op dit, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.¹⁴² De Hoge Raad heeft deze gezichtspuntencatalogus in latere rechtspraak verder uitgebreid. Zo oordeelde hij in het Pseudo-vogelpest-arrest dat ook de strekking van het beding van belang is bij de redelijkheidstoets. Volgens de Hoge Raad is met name van belang of de overeengekomen beperking van de aansprakelijkheid in verhouding staat tot de omvang van voorzienbare schade.¹⁴³ Ook de vraag in hoeverre de schade eventueel door een verzekering is gedekt dient volgens de Hoge Raad te worden meegewogen.¹⁴⁴

Het verzekeringsaspect

Dat het verzekeringsaspect een belangrijk element is dat meeweegt bij de vraag naar de aanvaardbaarheid van een exoneratiebeding, kan worden afgeleid uit twee arresten van de Hoge Raad. Dit betreft de arresten Baarns-beslag en Fokker/Zentveld. Hoewel beide arresten strikt genomen geen betrekking hadden op de aanvaardbaarheid van een exoneratieclausule, wordt in de literatuur aangenomen dat

141. J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-8.

142. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, m.nt. Scholten (Saladin/HBU).

143. HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486, m.nt. Scholten (Pseudo-vogelpest). Zie ook HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (Staalgrit).

144. Zie bijvoorbeeld HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102, m.nt. Scholten (Fokker/Zentveld); HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56, m.nt. Kleijn (Baarns beslag) en HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (Kuunders/Swinckels).

de arresten ook op dat terrein van belang zijn.¹⁴⁵ In het arrest Fokker/Zentveld heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de aansprakelijkheidsvraag moet worden beoordeeld aan de hand van ‘de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid’. De verzekeringsvraag speelde in dat kader een belangrijke rol.

In het arrest Baarns-beslag ging het om de beroepsaansprakelijkheid van een notaris, die zorg moest dragen voor de koop en levering van een onroerende zaak.¹⁴⁶ Op dezelfde dag als die waarop de leveringsakte is gepasseerd, had de fiscus beslag gelegd op deze onroerende zaak. De leveringsakte werd pas een dag later ingeschreven in het kadaster, omdat de akte naar vast gebruik per post naar het kadaster werd verstuurd. De notaris had de koopsom toen reeds aan de bank van de verkoper voldaan. De betreffende rekening vertoonde op het moment van overschrijving van de koopsom een negatief saldo dat ongeveer gelijk was aan de omvang van het overgemaakte bedrag. Als gevolg hiervan bood de verkoper geen verhaal. De koper moest het door de verkoper aan de fiscus verschuldigde bedrag aan de fiscus voldoen, om het beslag op de onroerende zaak op te heffen. Vervolgens stelde hij de notaris aansprakelijk voor de geleden schade. Het hof oordeelde in het in cassatie bestreden arrest dat uit de eisen van de goede trouw (of: redelijkheid en billijkheid) voortvloeit dat de notaris had moeten wachten met betaling van de koopsom, totdat levering vrij van beslag of bezwarende rechten had plaatsgevonden. In het kader van de aansprakelijkheidsvraag overwoog A-G Franx het volgende:

“In de eerste plaats is het duidelijk dat er een belangenconflict is tussen koper en verkoper. De verkoper heeft er belang bij zo spoedig mogelijk de kooppenningen te ontvangen. Dat betekent: onmiddellijk na het passeren van de akte. In vele gevallen zal de verkoper de kooppenningen meteen nodig hebben om een volgende transactie te financieren. Daar tegenover staat het belang van de koper. Hij heeft recht op onbezwaarde levering. Betaalt hij eerder en blijkt het geleverde onder beslag te liggen, dan loopt hij het risico dat hij de kooppenningen ‘kwijt’ is, dat wil zeggen niet meer van de wanpresterende verkoper terug kan krijgen omdat deze geen verhaal blijkt te bieden. Het belang van de koper brengt mee dat de kooppenningen onder de notaris en ter beschikking van de koper blijven voor het geval de verkoper niet voldoet aan zijn verplichting tot onbezwaarde levering. (...)”

Het ligt eerder op de weg van de notaris zijn aansprakelijkheid voor schade als de onderhavige te verzekeren – als onderdeel van een verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid in ruime zin – dan op die van de koper om zijn risico, zoals dat van partij Tan in de onderhavige zaak, te verzekeren. Dit zou anders

145. Zie hierover J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 393-394 en van dezelfde auteur: ‘Bewuste roekeloosheid en het beroep op exoneratieclausules in het algemene contractenrecht’, in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 134.

146. HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56, m.nt. Kleijn (Baarns beslag).

*kunnen zijn onder bepaalde omstandigheden, bijv. wanneer de desbetreffende koper niet als incidentele 'consument'-koper optreedt maar als 'professionele' koper; van zulke bijzondere omstandigheden is echter in de onderhavige zaak niets gesteld of gebleken. (...) Het verzekeringsaspect tendeert ernaar dat de notaris die de kooppenningen meteen doorgeeft aan de verkoper, zonder te wachten totdat de eigendom vrij van hypotheken en beslagen op de koper is overgegaan, aansprakelijk is uit wanprestatie."*¹⁴⁷

De Hoge Raad oordeelde als volgt:

"Een zodanige praktijk – hoezeer begrijpelijk in verband met de wens een vlotte afwikkeling van transacties in onroerend goed te bevorderen – brengt noodzakelijkerwijs mee dat de notaris de koper aan bepaalde, in beginsel vermijdbare risico's bloot stelt, waarvan deze in de regel niet op de hoogte zal zijn en waartegen deze zich ook moeilijk kan wapenen. Deze praktijk kan de notaris dan ook niet van zijn aansprakelijkheid ontslaan, wanneer een zodanig risico zich verwezenlijkt."

De A-G stelt dus dat het op de weg van de notaris had gelegen om zich tegen zijn bedrijfsrisico te verzekeren. Andersom kon niet van de koper worden gevergd dat hij zich voor een dergelijk risico zou verzekeren. Deze belangenafweging woog zwaar mee in het uiteindelijke oordeel, dat het risico dat de praktijk van de notaris meebracht, hem niet van aansprakelijkheid kon ontslaan als dit risico zich had verwezenlijkt.

Een ander arrest waarin de Hoge Raad het belang van de verzekeringsvraag tot uitdrukking gebracht, is het standaardarrest Fokker/Zentveld.¹⁴⁸ In dit arrest ging het om de vraag of een contractspartij moet instaan voor de deugdelijkheid van het materieel waarvan hij in het kader van de uitvoering van de door hem overeengekomen prestatie gebruik wenst te maken. Zentveld had van Fokker de opdracht gekregen om een vliegtuigvleugel te plaatsen op een transportwagen. De kraanwagen waarvan Zentveld gebruikmaakte had uitschuifbare hijskraanbalk, die met een bout was verzekerd. Bij het hijsen van de vliegtuigvleugel bezweek deze bout, als gevolg waarvan de vleugel van een hoogte op de grond is gevallen en daarbij ernstig is beschadigd. Hoewel het hof oordeelde dat het een algemeen beginsel van verbintenissenrecht is dat een contractant moet instaan voor de middelen waarvan hij gebruikmaakt, kwam de Hoge Raad tot een ander oordeel. Volgens de Hoge Raad moet de vraag of een contractant voor gebreken aan dergelijke middelen aansprakelijk is, worden beantwoord naar de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid. De Hoge Raad overwoog vervolgens:

"dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich moet bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een

147. A-G Franx in zijn conclusie voor HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56, m.nt. Kleijn (Baarns beslag).

148. HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102, m.nt. Scholten (Fokker/Zentveld).

ernstige schade kunnen berokkenen, de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoonst dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is;

dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen;

dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was"

In het arrest Fokker/Zentveld was in verband met het verzekeringsaspect van belang dat de Zentveld voor de aan hem verstrekte opdracht fl. 17,50 per uur verdiende, dat de totale schade een bedrag van fl. 120.000 bedroeg, en dat Fokker ter zake van deze schade verzekerd was, terwijl Zentveld slechts tot een bedrag van fl. 20.000 verzekerd was.

Uit de hiervoor besproken arresten kan worden afgeleid dat uit 'de aard van de overeenkomst, verkeersopvattingen en de redelijkheid' kan voortvloeien dat het op de weg van één van de partijen ligt om zich tegen een bepaald risico te verzekeren. Daarbij kunnen de positie van partijen in het maatschappelijk verkeer, alsook de (dis)balans tussen de omvang van het risico en de waarde van de geleverde prestatie een rol spelen. Ten aanzien van exoneratieclausules kunnen deze omstandigheden meespelen bij de afweging of een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De rol van opzet of bewuste roekeloosheid

In de hiervoor genoemde gezichtspuntencatalogus wordt 'de zwaarte van de schuld' door de Hoge Raad vooropgesteld. Dat aan deze omstandigheid volgens de Hoge Raad een bijzondere betekenis toekomt, blijkt uit de in de jurisprudentie van de Hoge Raad geformuleerde subregels. Zo oordeelde de Hoge Raad in het eerder aangehaalde Pseudo-vogelpest-arrest al dat de omstandigheid dat de verkoper of een persoon in zijn dienst een 'ernstig verwijt' treft dat hij van het bestaan van de gebreken in de te leveren zaken onkundig was gebleven, onder omstandigheden kan meebrengen dat de verkoper zich wegens strijd met de goede trouw niet op het overeengekomen exoneratiebeding kan beroepen.¹⁴⁹ Of dit het geval is

149. HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486, m.nt. Scholten (Pseudo-vogelpest).

hing volgens de Hoge Raad uiteindelijk af van alle omstandigheden van het geval. In de literatuur werd bovendien de opvatting breed gedeeld dat een wettelijke verplichting tot schadevergoeding van opzettelijk of met grove schuld (in de terminologie van het nieuwe BW: bewuste roekeloosheid) veroorzaakte schade niet contractueel kan worden uitgesloten of beperkt.¹⁵⁰

In de rechtspraak wordt een onderscheid gemaakt tussen de uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door enerzijds de contractspartij zelf of door leidinggevende ondergeschikten van de contractspartij en anderzijds niet-leidinggevende ondergeschikten. Reeds in oudere rechtspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat uitsluiting van aansprakelijkheid van ondergeschikten geoorloofd is, ook als sprake is van opzet of grove schuld.¹⁵¹ In het arrest Matatag/De Schelde oordeelde de Hoge Raad bovendien dat bij een overeenkomst gesloten tussen bedrijven, niet gezegd kan worden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als de aansprakelijkheid voor 'ernstige fouten' van personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren, geheel of ten dele wordt uitgesloten.¹⁵²

Voor gevallen waarin de aansprakelijkheid voor gedragingen van de contractspartij zelf of voor leidinggevend personeel in uitgesloten is de rechtspraak van de Hoge Raad aanzienlijk strenger. In het arrest Stein/Driessen oordeelde de Hoge Raad als volgt:¹⁵³

"Een exoneratieclausule als de onderhavige dient, en diende ook naar het ten tijde van het ongeval geldende recht, buiten toepassing te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zulks zal in het algemeen het geval zijn indien de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid (door het Hof aangeduid met: grove schuld) van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen."

Duyvensz leidt uit deze uitspraak af dat als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, een drempel wordt overschreden die *in het algemeen* meebrengt dat een exoneratiebeding niet kan worden ingeroepen. Voor een toets aan verdere omstandigheden van het geval is dan hoogstens plaats om te beoordelen of op dit

150. Zie Asser/Hartkamp 6-I, 2016/365 e.v.

151. HR 26 maart 1920, *NJ* 1920, 476 (Surinaamse postbode) en HR 3 juni 1938, *NJ* 1938, 920 (Bovag I).

152. HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389, m.nt. Brunner (Matatag/De Schelde). Zie ook HR 30 november 2001, *JOR* 2002/43 (Océ/ABB).

153. HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (Stein/Driessen).

uitgangspunt een uitzondering moet worden gemaakt.¹⁵⁴ Aangezien de Hoge Raad aldus een zwaarwichtige betekenis heeft toegekend aan het criterium *opzet of bewuste roekeloosheid*, rijst de vraag wat volgens de Hoge Raad onder dit criterium moet worden verstaan.

3.5.2 *Rechtspraak Hoge Raad*

Arrest Telfort/Scaramea

De Hoge Raad heeft in het arrest Telfort/Scaramea zijn licht kunnen laten schijnen over die vraag.¹⁵⁵ In dit arrest moest de Hoge Raad oordelen over de volgende casus. Scaramea en Telfort hadden een overeenkomst gesloten op grond waarvan Telfort de verplichting op zich had genomen zogeheten interconnectiecapaciteit aan Scaramea ter beschikking te stellen. Tussen partijen was een leveringstermijn overeengekomen. Toen Telfort tekortschoot in de nakoming van haar verplichtingen, vorderde Scaramea van Telfort betaling van een schadevergoeding. Telfort deed een beroep op haar algemene voorwaarden, waarin een uitsluiting van aansprakelijkheid was opgenomen. Scaramea stelde zich op het standpunt dat deze uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het hof had in het voorgaande arrest geoordeeld dat het standpunt van Scaramea doel trof en Telfort in rechte geen beroep kon doen op het exonerationebeding.

Volgens het hof was er voor Telfort voldoende reden om eraan te twijfelen dat KPN aan een verzoek tot uitbreiding van de interconnectiecapaciteit, hetgeen noodzakelijk was voor het door Telfort accommoderen van Scaramea, zou voldoen. Verder was het Telfort bekend dat de door haar voor Scaramea te verzorgen poorten met interconnectiecapaciteit essentieel waren voor de plannen op internetgebied van Scaramea en dat deze plannen in het water zouden kunnen vallen indien de overeengekomen capaciteit niet leverbaar zou zijn. Voorts was bekend dat als eerder was ingegrepen, Scaramea nog in staat was om zich zonodig elders van de benodigde capaciteit te voorzien. Onder die omstandigheden had het volgens het hof zozeer op de weg van Telfort gelegen om bij KPN te verifiëren dat de benodigde extra capaciteit daadwerkelijk beschikbaar zou komen, dat het nalaten hiervan door Telfort als *bewust roekeloos* handelen moest worden gekwalificeerd.

154. J.H. Duyvensz, 'Exoneratie en bewuste roekeloosheid', *WPNR* 2001/6878, p. 225-226. Zie ook C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Geen devaluatie van het begrip 'bewuste roekeloosheid' (naschrift)', *NJB* 2009/1574. Iets milder lijkt A-G Huydecoper in zijn conclusie voor het arrest Telfort/Scaramea. Volgens hem komt, wanneer sprake is van bewuste roekeloosheid, in het kader van de aanvaardbaarheidstoets "aan beoordeling van de verdere omstandigheden van het geval allicht wat minder betekenis toe". Zie zijn conclusie voor HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 480.

155. HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 480 (Telfort/Scaramea).

Ten aanzien van de tegen deze overweging gerichte klacht in cassatie oordeelde de Hoge Raad als volgt:

“Onderdeel 2 voert een groot aantal rechts- en motiveringsklachten aan tegen het oordeel van het hof dat in de gegeven omstandigheden het beroep van Telfort op de exonerationclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze klachten zijn tevergeefs voorgesteld. Het hof heeft het gelijkluidende oordeel van de rechtbank onderschreven en het heeft daarbij, samengevat, in aanmerking genomen

- dat Telfort zich op 2 of 3 juli 1999 onvoorwaardelijk heeft verbonden tot levering van de bestelde 5000 poorten met daarbij behorende interconnectiecapaciteit, met een definitieve leveringstermijn van 16 september 1999 voor 2500 poorten en ‘in de eerste week van oktober 1999’ voor de overige 2500 poorten,*
- dat Telfort, hoewel er voldoende reden was om eraan te twijfelen dat KPN zou voldoen aan een verzoek tot met het oog hierop noodzakelijke uitbreiding van de interconnectiecapaciteit, heeft nagelaten bij KPN te verifiëren of de benodigde extra capaciteit daadwerkelijk beschikbaar zou komen,*
- dat Telfort wist dat de ambitieuze internetplannen van Scarama in het water zouden kunnen vallen indien Telfort de overeengekomen interconnectiecapaciteit niet zou leveren, terwijl Scarama in juli/augustus 1999 nog in staat was om zich zonodig elders van de benodigde capaciteit te voorzien,*
- dat het in dat stadium betrekkelijk eenvoudig was de schade van Scarama, waarvan Telfort wist dat die aanzienlijk kon worden, te voorkomen, maar Telfort dat heeft nagelaten.*

Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat onder deze omstandigheden een beroep op de exonerationclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof heeft daarbij kunnen oordelen dat het gedrag van Telfort, die bekend was met het grote belang van Scarama bij levering van de overeengekomen interconnectiecapaciteit en de bij het uitblijven daarvan dreigende aanzienlijke schade, in enkele opzichten als bewust roekeloos handelen moet worden beschouwd, te weten het ondanks tot twijfel aanleiding gevende aanwijzingen niet verifiëren of KPN daadwerkelijk tijdig kon leveren, en het achterwege laten van betrekkelijk eenvoudige maatregelen ter voorkoming van aanzienlijke schade van Scarama. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat Telfort zich welbewust op zodanig onzorgvuldige wijze jegens Scarama heeft gedragen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien zij zich op de exonerationclausule zou mogen beroepen. Het hof heeft tot zijn oordeel kunnen komen ook zonder dat is komen vast te staan dat Telfort daadwerkelijk wist dat KPN de benodigde capaciteit niet tijdig zou leveren of dat Telfort daaraan daadwerkelijk twijfelde. Het hof heeft toereikend kunnen achten dat zodanige aanwijzingen voor twijfel dienaangaande bestonden dat Telfort, ook met het oog op de grote belangen van Scarama, bij KPN behoorlijk had moeten verifiëren of KPN ondanks die aanwijzingen tot tijdige levering in staat was, zodat zij zo nodig Scarama nog tijdig had kunnen waarschuwen. Het oordeel van het hof is voor het overige zo zeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat het in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Het is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen verdere

motivering dan het hof heeft gegeven. Ook de tegen dit oordeel aangevoerde motiveringsklachten, die in wezen een hernieuwde feitelijke beoordeling van het geschil beogen, stuiten alle op het voorgaande af."

Samengevat is de overweging van de Hoge Raad als volgt opgebouwd:

- i. Het niet verifiëren of KPN daadwerkelijk tijdig kon leveren, ondanks tot twijfel aanleiding gevende aanwijzingen en het achterwege laten van betrekkelijk eenvoudige maatregelen ter voorkoming van aanzienlijke schade van Scarama, kon als bewust roekeloos handelen worden beschouwd.
- ii. Het hof heeft tot zijn oordeel kunnen komen ook zonder dat is komen vast te staan dat Telfort daadwerkelijk wist dat KPN de benodigde capaciteit niet tijdig zou leveren of dat Telfort daaraan daadwerkelijk twijfelde.
- iii. Het hof heeft toereikend kunnen achten dat zodanige aanwijzingen voor twijfel dienaangaande bestonden dat Telfort, ook met het oog op de grote belangen van Scarama, bij KPN behoorlijk had moeten verifiëren of KPN ondanks die aanwijzingen tot tijdige levering in staat was, zodat zij zo nodig Scarama nog tijdig had kunnen waarschuwen.

Discussie in de literatuur over Telfort/Scarama

In de literatuur heeft discussie plaatsgevonden over de vraag of het begrip 'bewuste roekeloosheid' als gevolg van het arrest Telfort/Scarama is 'gedevalueerd'. Drion en Van Wechem geven aan dat zij niet anders dan tot de conclusie kunnen komen dat 'bewustheid' niet meer nodig lijkt te zijn voor de kwalificatie 'bewuste roekeloosheid' en dat de norm van 'bewuste roekeloosheid' lijkt te zijn gedevalueerd tot een norm van toerekenbare roekeloosheid.¹⁵⁶ Rassa en Van Swaaij betogen dat die conclusie niet juist is. Zij stellen dat de Hoge Raad zich niet inhoudelijk heeft uitgelaten over het begrip opzet of bewuste roekeloosheid, waar alleen heeft geoordeeld dat het hof onder de gegeven omstandigheden heeft kunnen oordelen dat een beroep op het exonatiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Daarvoor was niet vereist dat sprake was van bewuste roekeloosheid.¹⁵⁷ Drion en Van Wechem brengen daar tegenin dat de Hoge Raad tot uitdrukking brengt dat 'het zich welbewust op zodanige onzorgvuldige wijze jegens Scarama (..) gedragen' het predikaat 'bewuste roekeloosheid' kan billijken. In de kernoverweging van het hof zit de zinsnede 'ondanks tot twijfel aanleiding gevende aanwijzingen' omsloten. De Hoge Raad heeft volgens Drion en van Wechem dus geoordeeld dat bij twijfel dus sprake kan zijn van bewuste roekeloosheid.¹⁵⁸ Kraaijpoel is van mening dat, hoewel het woord

156. C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2009/686, p. p. 841. Zie ook J.H. Duyvensz, 'Exoneratie en bewuste roekeloosheid', *WPNR* 2001/6878, p. 230.

157. J.H.M. van Swaaij & A.A. Rassa, 'Geen devaluatie van het begrip 'bewuste roekeloosheid'', *NJB* 2009/1573. Vgl. K.F. Haak, 'Derogerende werking redelijkheid en billijkheid. Devaluatie begrip bewuste roekeloosheid?', *NTBR* 2009, 32.

158. C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Geen devaluatie van het begrip 'bewuste roekeloosheid' (naschrift)', *NJB* 2009/1574.

bewuste (in bewuste roekeloosheid) licht tot misverstand aanleiding geeft, er geen reden bestaat om bij toepassing van art. 6:248 lid 2 BW daadwerkelijke wetenschap van de mate van waarschijnlijkheid dat de schade zich zou manifesteren te eisen.¹⁵⁹ Volgens Tjong Tjin Tai kan het arrest Telfort/Scarama worden gelezen als een objectieve invulling van bewuste roekeloosheid, of een wending naar een formulering in termen van onzorgvuldigheid of verwijtbaarheid.¹⁶⁰

Ook A-G Van Peursum sluit zich naar eigen zeggen graag bij deze tendens aan. Ook hij meent dat in het arrest Telfort/Scarama 'bewustheid' een objectieve inkleuring heeft gekregen. De gerede twijfel bij de opdrachtnemer, met inachtneming van de grote belangen van die opdrachtgever, maakte dat de opdrachtnemer een en ander had moeten nagaan om de opdrachtgever nog tijdig te kunnen informeren. Het achterwege laten van eenvoudige maatregelen ter voorkoming van dreigende aanzienlijke schade valt dus ook onder 'bewuste roekeloosheid'. Een weten of bewustheid (van de schade) was bij de opdrachtgever niet vereist.¹⁶¹ A-G De Bock kwam tot de conclusie dat de drempel voor het aannemen van bewuste roekeloosheid door het arrest Telfort/Scarama is verlaagd. Het begrip 'bewuste' heeft een meer objectieve inkleuring gekregen.¹⁶²

De Hoge Raad heeft de lijn uit het arrest Telfort/Scarama in latere rechtspraak bevestigd. In het arrest Hellman/TMF had het hof in het in cassatie bestreden arrest geoordeeld dat geen rechten konden worden ontleend aan de tussen partijen overeengekomen exonerationebeding, omdat de adjunct directeur van Hellman bewust roekeloos had gehandeld.¹⁶³ In cassatie klaagde Hellman dat het hof voor het aannemen van bewuste roekeloosheid niet kon volstaan met het 'normatieve oordeel' dat de betreffende persoon het roekeloze en schadelijke karakter van zijn handelwijze had *behoren* te beseffen, maar zou vereist zijn dat dit besef ook *feitelijk* aanwezig was. De Hoge Raad verwierp de klacht op grond van artikel 81 RO.

3.5.3 *Ratio van de functie van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht*

Hiervoor is al uiteengezet dat de rol van opzet of bewuste roekeloosheid met betrekking tot exonerationebedingen in de sleutel staat van de contractvrijheid. Of beter gezegd: de vraag wanneer de contractvrijheid beperkt moet worden. Het uitgangspunt is namelijk dat afspraken over de beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid jegens de andere partij toelaatbaar zijn. Die vrijheid bestaat echter

159. B.I. Kraaiipoel, 'Bewuste roekeloosheid en een beroep op een exonerationeclausule', *Bb* 2009/11, p. 115-119.

160. T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn annotatie bij HR 10 juni 2011, *NJ* 2012/405.

161. A-G Van Peursum in de conclusie voor HR 5 september 2014, *RvdW* 2014/1017.

162. A-G De Bock in haar conclusie van 16 maart 2018, gepubliceerd onder *ECLI:NL:PHR:2018:253*.

163. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2011/503 (Hellman/TMF).

niet wanneer het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (of zoals in oudere rechtspraak wel werd geoordeeld: in strijd met de goede zeden en/of de openbare orde).

De vraag of een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daarbij spelen zowel ethische als maatschappelijke en/of economische argumenten een rol.¹⁶⁴ Bij ethische argumenten moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de aard van de fout en de mate van verwijtbaarheid, de voorzienbaarheid van de schade en of met de uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid de aard van de overeenkomst geweld wordt aangedaan.¹⁶⁵ Bij maatschappelijke en/of economische argumenten moet worden gedacht aan de vraag welke partij, in het licht van de omstandigheden en gelet op de aard van de overeenkomst, verkeersopvattingen en de billijkheid, de schade behoort te dragen. Ook het verzekeringsaspect (is een van de partijen verzekerd of had het van een partij gevergd kunnen worden om zich te verzekeren) is in dat kader van belang.

Gezien het grote aantal omstandigheden dat bij de aanvaardbaarheidsvraag moet worden meegewogen, is het dus zeer goed denkbaar dat een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht in gevallen waarin geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Het criterium opzet of bewuste roekeloosheid is slechts een van de omstandigheden die bij de toetsing een rol kan spelen. Zoals hiervoor al is toegelicht, komt binnen het toetsingsmodel wel een bijzondere positie toe aan dit criterium. De Hoge Raad heeft immers in het arrest Stein/Driessen geoordeeld dat de toepassing van een exoneratiebeding *in het algemeen* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn, als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen.

Dit betekent dat de aanvaardbaarheid van een exoneratieclausule bij opzet of bewuste roekeloosheid niet meer afhankelijk van een gebalanceerde afweging van alle relevante ethische, maatschappelijke en economische omstandigheden en belangen. Kennelijk kan opzet of bewuste roekeloosheid als morele grens van de aanvaardbaarheid van exoneratieclausules worden beschouwd.

164. Zie hierover uitvoerig J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 393-394 en van dezelfde auteur: 'Bewuste roekeloosheid en het beroep op exoneratieclausules in het algemene contractenrecht', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 134.

165. Dat laatste kan zich bijvoorbeeld voordoen als in de overeenkomst bepaalde garanties zijn gegeven of wordt uitgegaan van een bepaald niveau van deskundigheid. Het uitsluiten van aansprakelijkheid zou ertoe kunnen leiden dat de afgegeven garanties of de verlangde deskundigheid in de praktijk niets waard zijn.

3.5.4 *Toepassing in de lagere jurisprudentie*

Nadat in de voorgaande paragrafen het juridisch kader rondom de contractuele beperking van aansprakelijkheid en de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid, alsmede de jurisprudentie van de Hoge Raad over de invulling van dat criterium in kaart is gebracht, zal in de navolgende paragraaf worden stilgestaan bij de wijze waarop deze begrippen in de lagere rechtspraak worden toegepast. Hoewel de jurisprudentie van de Hoge Raad duidelijk wijst in de richting van een objectieve uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid, heeft hij – in tegenstelling tot de andere in dit hoofdstuk besproken rechtsgebieden – geen duidelijke definitie gegeven van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht. Dit roept de vraag op hoe de lagere rechtspraak met het criterium omgaat. Om dit in kaart te brengen is alle lagere rechtspraak vanaf het arrest Telfort/Scaramea beoordeeld.¹⁶⁶

In het onderzoek zijn alleen uitspraken betrokken waarin (meer of mindere mate) een inhoudelijke overweging aan het begrip opzet of bewuste roekeloosheid is gewijd. Dit betekent dat uitspraken waarin overwegingen zijn opgenomen als *“gesteld nog anderszins gebleken dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid”* of *“tussen partijen is niet in geschil dat geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid”* buiten beschouwing zijn gelaten. Hetzelfde geldt voor uitspraken waarin de rechter zich beperkt tot enkel het oordeel dat geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, zonder dit nader inhoudelijk te motiveren. Onder die categorie vallen ook uitspraken waarin de rechter weliswaar een feitelijke stelling van de werkgever aanhaalt, maar oordeelt dat die stelling geen opzet of bewuste roekeloosheid oplevert, zonder dit te onderbouwen. Een voorbeeld van een dergelijke overweging is *“X heeft gesteld dat (...). Dit enkele feit levert nog geen opzet of bewuste roekeloosheid op”*. Tot slot zijn buiten beschouwing gelaten de uitspraken waarin de rechter weliswaar overging tot een gemotiveerde beoordeling van de vraag of sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid, maar waarin de daaraan ten grondslag gestelde feiten niet zijn komen vast te staan. Hierdoor werd namelijk niet toegekomen aan de vraag of deze feiten opzet of bewuste roekeloosheid opleverden.

Op basis van de bovenstaande criteria zijn 47 uitspraken aangetroffen waarin de rechter zich inhoudelijk uitlaat over opzet of bewuste roekeloosheid. In 30 van de

166. Beoogd is een uitputtend onderzoek te doen naar alle jurisprudentie die is gepubliceerd op Rechtspraak.nl tot 1 januari 2019. Er is een voorselectie gemaakt op basis van een combinatie van de zoektermen ‘opzet’, ‘bewuste roekeloosheid’ en ‘exoneratie*’. Er is geen onderzoek gedaan naar niet-gepubliceerde rechtspraak.

aangetroffen uitspraken hanteerde de rechter een objectief criterium.¹⁶⁷ In de overige 17 gevallen hanteerde de rechter een subjectief criterium.¹⁶⁸

Uit deze uitspraken blijkt dat de rechters tamelijk verdeeld zijn over de te hanteren maatstaf. In de meeste uitspraken wordt niet – bij wijze van vooropgestelde rechts-overweging – een definitie gegeven van opzet of bewuste roekeloosheid. Voor de gevallen waarin wel een duidelijke toetsingsmaatstaf wordt genoemd, geldt dat hierin geen duidelijke lijn kan worden ontwaard. In meerdere uitspraken worden criteria uit verschillende rechtsgebieden door elkaar gehaald. Een duidelijk voorbeeld daarvan vormt het vonnis van Rechtbank Arnhem van 27 april 2011 (ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4768). Hierin oordeelde de rechtbank dat voor de aanwezigheid van bewuste roekeloosheid een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld moest komen vast te staan waarmee werd aangesloten bij de definitie van roekeloosheid in het verzekeringsrecht. De rechtbank vervolgt dat daarvoor moest komen vast te staan dat de gedaagden zich bij hun gedragingen niet alleen bewust waren van het gevaar voor schade door een ongeval, maar ook dat de kans dat dit

167. Rb. Utrecht 2 september 2008, *ECLI:NL:RBUTR:2008:BF3234*; Rb. 's-Hertogenbosch, 5 november 2008, *ECLI:NL:RBSHE:2008:BW2949*; Rb. Utrecht 12 november 2008, *ECLI:NL:RBUTR:2008:BG4230*; Rb. Arnhem 5 oktober 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BT7268*; Rb. Maastricht 20 juni 2012, *ECLI:NL:RBMAA:2012:3463*; Hof Arnhem 21 augustus 2012, *ECLI:NL:GHARN:2012:BX4806*; Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BX6646*; Hof Amsterdam 16 oktober 2012, *ECLI:NL:GHAMS:2012:BY6359*; Rb. Rotterdam 17 oktober 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BY1147*; Hof Leeuwarden 4 december 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BZ0498*; Hof Den Haag 15 januari 2013, *ECLI:NL:GHDHA:2013:BY8263*; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:271*; Rb. Rotterdam 1 mei 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:CA2753*; Rb. Rotterdam 22 mei 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:CA3056*; Rb. Oost-Brabant 23 april 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:2305*; Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:1426*; Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:2071*; Rb. Rotterdam 9 juli 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:6080*; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:2991*; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:7353*; Hof 's-Hertogenbosch 2 december 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:5064*; Hof Amsterdam 29 september 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2015:4030*; Hof 's-Hertogenbosch 8 december 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:5154*; Rb. Amsterdam 16 december 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:9033*; Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:45*; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, *ECLI:NL:GHARL:2016:606*; Rb. Rotterdam 10 februari 2016, *ECLI:NL:RBROT:2016:1016*; Hof Den Haag 15 november 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:3305*; Rb. Gelderland 7 juni 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:2995*; Rb. Rotterdam 27 september 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:7372*.

168. Hof Arnhem 18 november 2008, *ECLI:NL:GHARN:2008:BG5791*; Rb. Alkmaar 26 augustus 2009, *ECLI:NL:RBALK:2009:BK3172*; Rb. Utrecht 29 december 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BO9820*; Rb. Arnhem 2 maart 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BP7598*; Rb. Arnhem 27 april 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4768*; Rb. Utrecht 29 februari 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BV8207*; Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, *ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577*; Rb. Rotterdam 2 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BY8135*; Hof Amsterdam 10 december 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:4907*; Rb. Rotterdam 30 mei 2016, *ECLI:NL:RBROT:2016:4089*; Hof Den Haag 31 mei 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:1419*; Rb. Amsterdam 25 januari 2017, *ECLI:NL:RBAMS:2017:371*; Rb. Rotterdam 1 februari 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:829*; Rb. Rotterdam 29 november 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:9390*; Rb. Overijssel 13 februari 2018, *ECLI:NL:RBOVE:2018:1111*; Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:1096*; Hof Amsterdam 24 juli 2018, *ECLI:NL:GHAMS:2018:2580*.

gevaar zich zou verwezenlijken aanmerkelijk was en dat zij zich daardoor niettemin niet van hun gedragingen hebben laten weerhouden. Daarmee lijkt de rechtbank aan te sluiten bij de definitie van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Tot slot merkt de rechtbank op dat de bewustheid eventueel worden afgeleid uit objectieve feiten en omstandigheden, daarmee verwijzend naar het Pesti-arrest uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht.¹⁶⁹

Een ander voorbeeld van door elkaar lopende criteria vorm het arrest van Gerechtshof Leeuwarden van 4 december 2012 (ECLI:NL:GHLEE:2012:BZ0498). Het hof ging naar eigen zeggen bij de beoordeling uit van de in de jurisprudentie 'uitgekristalliseerde uitleg van grove schuld en/of ernstige nalatigheid'. Die zou volgens het hof neerkomen op 'bewuste roekeloosheid', althans met 'een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld', waarmee het hof de definitie van roekeloosheid uit het verzekeringsrecht op een lijn stelt met bewuste roekeloosheid (er kennelijk vanuit gaande dat bewuste roekeloosheid overal dezelfde betekenis heeft). Vervolgens verwees het hof achtereenvolgens naar het Solon-arrest, de 5-januari-arresten en het arrest Jong & Grauss/The West of England, alle afkomstig uit het vervoersrecht.

Weer een ander voorbeeld vormt het vonnis van Rechtbank Arnhem van 2 maart 2011 (ECLI:NL:RBARN:2011:BP7598). De rechtbank oordeelde dat van 'grote schuld' sprake was indien was gehandeld met een 'in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld'. Daar voegde de rechtbank aan toe dat dit niet een wezenlijk andere maatstaf was dan bewuste roekeloosheid. Daarvoor zou moeten blijken dat sprake was van gedragingen waarbij de gedaagden zich niet alleen bewust waren van het gevaar voor schade, maar ook dat de kans dat dit gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren, maar zich daardoor niet van hun gedragingen hebben laten weerhouden. Ook hier worden de criteria uit het verzekeringsrecht en het vervoersrecht door elkaar gehaald, waarna een volledig objectieve toets wordt gehanteerd.

In drie andere uitspraken wordt duidelijk de maatstaf uit de 5-januari-arresten gehanteerd.¹⁷⁰ In het arrest van Gerechtshof Arnhem van 21 augustus 2012 wordt deze maatstaf uit het vervoersrecht vervolgens volledig geobjectiveerd.

Al met al luidt de conclusie op basis van de hiervoor uiteengezette bevindingen dat de lagere rechtspraak geneigd is in het contractenrecht een objectief criterium te hanteren. De bevindingen in dat kader zijn zichtbaar gemaakt in tabel 3.4. Anderzijds blijkt uit de bevindingen dat de rechtspraak zoekende is naar een

169. Zie voor het Pesti-arrest paragraaf 3.6.2.

170. Hof Arnhem 18 november 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG5791; Rb. Alkmaar 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK3172; Hof Arnhem 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4806.

duidelijk toetsingskader, dat vooralsnog geheel ontbreekt. Dit blijkt enerzijds uit het gegeven dat in een substantieel aantal gevallen toch een subjectieve toets werd gehanteerd. Verder is er geen duidelijke lijn te ontwaren in de uitspraken waarin wel een objectieve toets wordt gehanteerd, waarbij overigens geen niet of nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen opzet enerzijds en bewuste roekeloosheid anderzijds. Dit alles geeft een tamelijk troebel beeld van de wijze waarop het criterium opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht in de lagere rechtspraak wordt toegepast.

Tabel 3.4

	Totaal aantal uitspraken	Objectief criterium	Subjectief criterium
Opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht	47 (100%)	30 (64%)	17 (36%)

3.6 OPZET OF AAN OPZET GRENZENDE ROEKELOOSHEID IN HET VERKEERSAANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

3.6.1 *Historische en juridische achtergrond*

Artikel 185 Wegenverkeerswet 1994 (WVW) bepaalt dat als een motorrijtuig betrokken is bij een verkeersongeval, waardoor schade wordt toegebracht aan niet door dat motorrijtuig vervoerde personen of zaken, de eigenaar van het motorrijtuig of – indien er een houder van het motorrijtuig is – de houder, verplicht is om die schade te vergoeden, tenzij aannemelijk is dat het ongeval is te wijten aan overmacht. Op grond van deze regel zal een automobilist niet snel aan aansprakelijkheid voor de volledige schade kunnen ontkomen. Van overmacht in de zin van artikel 185 WVW is – zo heeft de Hoge Raad bepaald – pas sprake als de automobilist *rechtens geen verwijt* kan worden gemaakt.¹⁷¹ Voor zover de bestuurder van het motorvoertuig zich op het standpunt zou stellen dat de overmacht het gevolg is van gedragingen van andere weggebruikers – daaronder begrepen het slachtoffer zelf – heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze gedragingen alleen van belang kunnen zijn, als zij voor de bestuurder van het motorrijtuig zo onwaarschijnlijk waren dat deze bij het bepalen van zijn verkeersgedrag met die mogelijkheid naar redelijkheid geen rekening behoefde te houden.¹⁷² Ten aanzien van verkeersdeelnemers die de leeftijd van 14 jaar nog niet hebben bereikt gaat de Hoge Raad nog een stap verder. Gedragingen van het kind mogen in het kader van de overmachtsvraag alleen in aanmerking worden genomen als niet anders kan worden geoor-

171. HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482 (Frank van Holstein).

172. HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 (ABP/Winterthur).

deeld dan dat het kind met opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid heeft veroorzaakt.¹⁷³

De Hoge Raad heeft daarnaast in zijn jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van artikel 6:101 BW bijzondere regels voorgeschreven rondom de onderlinge verdeling van de schadelast bij verkeersongevallen tussen een motorvoertuig enerzijds en zwakkere verkeersdeelnemers (fietsers en voetgangers) anderzijds. Op grond van artikel 6:101 BW wordt, wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht van de vergoedingsplichtige partij verminderd met de mate waarin de benadeelde partij toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een andere verdeling kan echter plaatsvinden, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. Van deze uitzondering is sprake bij de zogeheten 100%- en 50% regel.

In het arrest Ingrid de Kolk heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag hoe de schadelast moet worden verdeeld als een automobilist betrokken raakt bij een verkeersongeval met een voetganger of fietser die jonger is dan 14 jaar. De Hoge Raad formuleerde in dit arrest de volgende regel:¹⁷⁴

“Het gaat hier om een aanrijding tussen een motorrijtuig en een niet door een motorrijtuig vervoerd kind dat de leeftijd van veertien jaren nog niet heeft bereikt. De HR heeft in gevallen betreffende zeer jeugdige kinderen reeds enige malen geoordeeld – kort weergegeven – dat de billijkheid eist dat de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel voor de gehele door het kind geleden schade aansprakelijk is, ook indien de gedragingen van het kind in belangrijke mate tot het ontstaan van de aanrijding bijgedragen hebben (HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 en 20 febr. 1987, NJ 1987, 483). Daarbij is ervan uitgegaan enerzijds dat kinderen – waaronder ook fietsende kinderen –, door hun impulsiviteit en onberekenbaarheid, van het gemotoriseerde verkeer aanzienlijk meer gevaar te duchten hebben dan volwassen voetgangers of wielrijders, onder meer doordat zij niet in dezelfde mate bij machte zijn zich naar de hun bekende verkeersregels te gedragen, en anderzijds dat art. 31 WvW mede tot strekking heeft om kinderen voor wie het voorgaande geldt, te beschermen tegen de extra risico’s die het gemotoriseerde verkeer – waarvoor een verplichting tot verzekering van aansprakelijkheid bestaat – voor hen meebrengt. Dit uitgangspunt – waarbij mede in aanmerking moet worden genomen dat de gevolgen van een aanrijding in het bijzonder wanneer het, zoals in deze zaak, om blijvend lichamelijk of geestelijk letsel gaat, juist voor kinderen uitzonderlijk ingrijpend zijn – dient ook voor een kind van de leeftijd als in deze zaak aan de orde is, als juist te worden beschouwd, waarbij mede betekenis toekomt aan de omstandigheid dat in art. 6:164 NBW een leeftijdsgrens van veertien jaren met betrekking tot de aansprakelijkheid van kinderen in het algemeen is aanvaard. Op grond van een en ander moet worden geoordeeld dat in een geval als het onderhavige de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel volledig aansprakelijk is en dat van een vermindering van de

173. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721, m.nt. Brunner (De Backer/Van Uitregt).

174. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, m.nt. Brunner (Ingrid de Kolk).

schadevergoeding op grond van gedragingen van het kind slechts sprake kan zijn, wanneer die gedragingen opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van die aanrijding opleveren.”

In het later gewezen arrest De Backer/Van Uitbregt gaat de Hoge Raad nog een stap verder.¹⁷⁵ De vraag of en wanneer gedragingen van een kind overmacht in de zin van (thans) artikel 185 WVV opleveren, hangt volgens de Hoge Raad ten nauwste samen met die of en wanneer zulke gedragingen in behoren te leiden tot vermindering van aansprakelijkheid. Bij aanrijdingen tussen een motorrijtuig en een kind onder de 14 jaar moet daarom, afgezien van gevallen van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, worden aanvaard dat fouten van het kind geheel voor rekening van de bestuurder komen en voor hem geen overmacht opleveren. Dit betekent dat bij deze aanrijdingen gedragingen van het kind dat jonger is dan 14 jaar, zowel in het kader van de overmachtsvraag als voor de vraag of vermindering van de schadevergoeding op haar plaats is, slechts in aanmerking mogen worden genomen wanneer deze gedragingen ‘opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid’ opleveren.

De hierboven geformuleerde 100%-regel heeft de Hoge Raad in het arrest IZA/Vrerink gedeeltelijk uitgebreid naar gevallen waarin voetgangers of fietsers die ouder zijn dan 14 jaar bij een verkeersongeval met een motorvoertuig betrokken raken.¹⁷⁶ Volgens de Hoge Raad gaat ook voor deze categorie verkeersdeelnemers het doel van de 100%-regel op, namelijk het zoveel mogelijk beschermen tegen de gevaren van het gemotoriseerde verkeer. Dit leidt bij de Hoge Raad tot de volgende conclusie, die nadien wordt aangeduid als de 50%-regel:

“Wanneer de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel krachtens art. 31 WVV aansprakelijk is, omdat hij niet overmacht aannemelijk heeft gemaakt, doch er wel een fout van de fietser of voetganger is, zonder dat evenwel sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, eist de billijkheid bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat tenminste 50 percent van de schade ten laste van het motorrijtuig wordt gebracht wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar. Dit brengt mede dat deze eigenaar in ieder geval aansprakelijk is voor de helft van de schade van de fietser of voetganger. Ten aanzien van de andere helft is in beginsel beslissend in hoeverre de – foutieve – gedragingen van de eigenaar en de fietser of voetganger tot de schade hebben bijgedragen. Dit geldt ook, wanneer de aansprakelijkheid van de eigenaar niet op art. 31 WVV wordt gegrond, doch slechts op de algemene regels betreffende onrechtmatige daad.”

175. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721, m.nt. Brunner (De Backer/Van Uitbregt).

176. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566, m.nt. Brunner (IZA/Vrerink).

3.6.2 *Rechtspraak Hoge Raad*

Uit het voorgaande blijkt dat zowel voor de 100%-regel als voor de 50%-regel het criterium ‘opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid’ het omslagpunt vormt in de verdeling van de schadelast. De Hoge Raad heeft zich in het Pesti-arrest uitgelaten over de vraag hoe de rechter moet vaststellen of van dit criterium sprake is.¹⁷⁷ In deze zaak moest de Hoge Raad oordelen over een zaak waarin een voetganger in het donker op een niet verlichte weg waar een maximumsnelheid van 80 kilometer per uur gold, liep zonder om te zien naar mogelijk achteropkomend autoverkeer. Het hof had eerder geoordeeld dat hij wist of had moeten weten dat automobilisten hem, lopend in overwegend donkere kleding, met een zodanige snelheid konden naderen dat zij hem niet meer konden ontwijken op het moment dat zij hem redelijkerwijze zouden kunnen waarnemen. Deze gedragingen kwalificeerden volgens het hof als opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid. Daarbij is was volgens het hof niet van belang of dat roekeloze gedrag was veroorzaakt of mede veroorzaakt door een overmatig alcoholgebruik, aangezien ook dat aan de man was toe te rekenen.

Het cassatiemiddel klaagde erover dat het hof met de woorden ‘had moeten weten’ een objectivering had aangebracht, die strijdig was met het begrip ‘aan opzet grenzende roekeloosheid’. Voor de aanwezigheid van dit criterium zou een subjectieve bewustheid vereist zijn. De Hoge Raad oordeelde hierover als volgt:

“Voor aan opzet grenzende roekeloosheid als bedoeld in de 50%-regel is in beginsel bewustheid van het gevaar bij het slachtoffer vereist. De stelplicht en bewijslast ter zake van de aan opzet grenzende roekeloosheid rusten op de aansprakelijk gestelde partij; dat bewijs omvat derhalve ook de bewustheid van het gevaar bij het slachtoffer. Opmerking verdient evenwel dat de aansprakelijk gestelde partij voor het bewijs van die bewustheid kan volstaan met het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid bij een voetganger of fietser vanaf de leeftijd van 14 jaar mag worden afgeleid.”

De Hoge Raad voegde hieraan toe dat het hof in het oordeel dat de voetganger wist of had moeten weten dat automobilisten hem, in zijn overwegend donkere kleding over de weg lopende, met een zodanige snelheid konden naderen dat zij hem niet meer konden ontwijken op het moment dat zij hem redelijkerwijs zouden kunnen waarnemen, en dat daarbij niet van belang is of dat roekeloze gedrag is veroorzaakt of mede veroorzaakt door een overmatig alcoholgebruik, de volgende oordelen besloten liggen:

- i. dat de voetganger gelet op zijn gedragingen en de verder door het hof in aanmerking genomen feiten en omstandigheden zich bewust moet zijn geweest

177. HR 30 maart 2007, NJ 2008, 64, m.nt. Hartlief (Pesti).

- van het zeer aanzienlijke gevaar van een aanrijding door een auto dat hij door zijn gedrag in het leven riep;
- ii. dat de voetganger zich desondanks niet van dat gedrag heeft laten weerhouden, zodat zijn gedrag moet worden aangemerkt als (aan opzet grenzende) roekeloosheid, en
 - iii. dat de omstandigheid dat P. onder invloed was van alcoholhoudende drank aan een en ander niet kan afdoen omdat die omstandigheid – ook in het licht van de strekking van de 50%-regel – aan hem was toe te rekenen.

Al met al gaf het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip aan opzet grenzende roekeloosheid. Uit het oordeel van de Hoge Raad volgt dat voor aan opzet grenzende roekeloosheid weliswaar bewustheid vereist is, maar dat die opzet normatief – op basis van objectieve feiten en omstandigheden wordt vastgesteld.

3.6.3 *Ratio van de 50%- en 100%-regel*

De ratio van de 100%- en 50%-regel heeft de Hoge Raad tot uiting gebracht in een betrekkelijk lange reeks arresten. De eerste stap daartoe werd gezet met het arrest Ebele Dillema uit 1978.¹⁷⁸ In dit arrest gaf de Hoge Raad voor het eerst uitdrukking aan het beginsel dat aan jeugdige personen in het verkeer bijzondere bescherming toekomt. In dit arrest was een geval aan de orde waarin een kind vlak voor een naderende auto de weg was overgestoken, met een aanrijding tot gevolg. Vervolgens moest de Hoge Raad zich buigen over de vraag in welke mate gedragingen van een jeugdig persoon kunnen leiden tot vermindering van de omvang van de verschuldigde schadevergoeding. Het hof had overwogen dat de stelling dat aan de zijde van het slachtoffer met het oog op diens jeugdige leeftijd geen sprake kon zijn van medeschuld, moest worden verworpen. Zo niet de Hoge Raad, die als volgt oordeelde:

“In ‘s Hofs opvatting wordt uit het oog verloren, dat voor een zeer jeugdig kind het gemotoriseerde verkeer extra risico’s meebrengt, welke verband houden met het onvermogen van zulk een kind om een op de gevaren van dat verkeer ingestelde voorzichtigheid te betrachten. Wanneer, gelijk hier, een zeer jeugdig kind wordt aangereden door een autobestuurder, die door onvoorzichtig rijden aan de aanrijding schuld heeft, is het onbillijk de schade die het kind door het ongeval lijdt geheel of ten dele te zijnen laste te laten op de enkele grond dat het ongeval mede het gevolg is van een – aan de leeftijd van het kind eigen – onvoorzichtig verkeersgedrag.”

In het latere arrest Marcel Rembertus kwam de Hoge Raad tot een vergelijkbaar oordeel, zij het dat de Hoge Raad in dit arrest een uitdrukkelijke koppeling maakte

178. HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685, m.nt. Scholten (Ebele Dillema).

met de doelstelling van artikel 31 WVV (oud), thans artikel 185 WVV.¹⁷⁹ In dit arrest moest de Hoge Raad oordelen over een ongeval tussen een jeugdige fietser enerzijds en een automobilist anderzijds. De betrokkenen waren elkaar op dezelfde weg – die in een bocht liep – tegemoetgekomen. De fietser was van de tegemoetkomende auto geschrokken en had een verkeerde stuurbeweging gemaakt (hij had naar link in plaats van naar rechts gestuurd). Het hof oordeelde dat deze gedraging aan de jonge fietser kon worden toegerekend. De Hoge Raad kwam opnieuw tot een ander oordeel:

“Het onderhavige geval wordt immers daardoor gekenmerkt dat de fietser een achtjarig kind is. Fietsers van die leeftijd hebben, door hun impulsiviteit en onberekbaarheid, van het gemotoriseerde verkeer aanzienlijk meer gevaar te duchten dan volwassen wielrijders, waaronder het gevaar dat zij, door een automobiel plotseling in een bedreigende situatie gebracht, eerder dan een volwassene in verwarring geraken en daardoor niet meer bij machte zijn zich te gedragen naar de hun bekende verkeersregels. Daarom strookt het in beginsel niet met art. 31 WVV, dat mede ertoe strekt kinderen te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerde verkeer voor hen meebrengt, om in een geval als het onderhavige waarin het in de eerste plaats aan de wijze van rijden van het motorrijtuig is te wijten dat de achtjarige wielrijder plotseling in een dergelijke, voor hem bedreigende situatie is geraakt, in het kader van lid 6 van die wetbepaling als een de aansprakelijkheid van de eigenaar/bestuurder van het motorrijtuig verminderende omstandigheid aan te merken dat die situatie mede valt terug te voeren op een daaraan voorafgegane verkeersfout die op zichzelf aan het kind kan worden toegerekend.”

In het arrest Gaflic/Mulder moest de Hoge Raad oordelen over een situatie waarop artikel 31 WVV (oud) strikt genomen niet van toepassing was, namelijk het geval waarin niet de aangereden personen, maar het motorvoertuig beschadigd is door het verkeersongeval.¹⁸⁰ De Hoge Raad moest de vraag beantwoorden of de bij het ongeval betrokken – niet door het motorvoertuig vervoerde – personen, voor deze schade kunnen worden aangesproken. Ook in dit arrest refereert de Hoge Raad aan de doelstelling van artikel 31 WVV (oud), namelijk om extra bescherming toe te kennen aan personen die niet in een motorvoertuig deelnemen aan het verkeer. Volgens de Hoge Raad strookte het niet met deze strekking dat niet met het motorrijtuig vervoerde personen onverkort zouden kunnen worden aangesproken voor schade die aan het motorrijtuig zelf door een botsing, aan- of overrijding is toegebracht. De Hoge Raad oordeelde daarom dat artikel 31 WVV van overeenkomstige toepassing was (de zogeheten ‘reflexwerking’).

In het hiervoor al aangehaalde arrest Ingrid de Kolk refereerde de Hoge Raad opnieuw naar de bijzondere bescherming die kinderen toekomt en de strekking van artikel 31 WVV (oud) om die bijzondere bescherming te verlenen. Volgens de

179. HR 20 februari 1987, NJ 1987, 483, m.nt. Brunner (Marcel Rembertus).

180. HR 6 februari 1987, NJ 1988, 57, m.nt. Brunner (Gaflic/Mulder).

Hoge Raad moest ervan worden uitgegaan dat kinderen door hun impulsiviteit en onberekenbaarheid van het gemotoriseerde verkeer aanzienlijk meer gevaar te duchten hebben dan volwassen voetgangers of fietsers, onder meer doordat zij niet in dezelfde mate bij machte zijn zich naar de hun bekende verkeersregels te gedragen. Anderzijds, zo oordeelde de Hoge Raad, had artikel 31 WVV mede tot strekking om kinderen voor wie het voorgaande geldt, te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerde verkeer voor hen meebrengt. Daarbij moest mede in aanmerking worden genomen dat de gevolgen van een aanrijding juist voor kinderen uitzonderlijk ingrijpend kunnen zijn.¹⁸¹

De Hoge Raad voegde hieraan nog een bijkomend argument toe, namelijk dat voor motorrijtuigen een verplichting tot verzekering van aansprakelijkheid bestaat. Dit argument kwam ook terug in het arrest IZA/Vrerink, waarin de Hoge Raad moest oordelen over een verkeersongeval waarbij niet een kind, maar een volwassen persoon betrokken was.¹⁸² De Hoge Raad oordeelde dat de argumentatie uit het arrest Ingrid de Kolk in die gevallen niet opging. Aan dat oordeel voegde de Hoge Raad echter het volgende toe:

“Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat de rechtsontwikkeling die in evenbedoelde arresten tot uitdrukking komt, ook van belang is voor de afwikkeling van de schade die als gevolg van een aanrijding met een motorrijtuig door een volwassen fietser of voetganger wordt geleden. De aanvaarding van de hiervoor vermelde regels ten aanzien van kinderen berust onder meer op de strekking van art. 31 WVV fietsers en voetgangers zo veel mogelijk te beschermen tegen de gevaren van het gemotoriseerde verkeer. Die strekking is eveneens van belang als het gaat om de schade van een volwassen fietser of voetganger, waarbij opmerking verdient dat ook deze verkeersdeelnemers kwetsbaar zijn, dat ook hun schade ingrijpend kan zijn en dat ook daarvoor een verplichting van het gemotoriseerde verkeer tot verzekering bestaat.”

Dat de ingrijpendheid van het ongeval en de vraag wie verzekerd is van groot belang zijn voor de billijkheidsafweging, wordt onderstreept met het arrest Chan-a-Hung/Maalsté.¹⁸³ In dit arrest was de vraag aan de orde of in een situatie van reflexwerking (een fietser of voetganger heeft schade veroorzaakt bij de bestuurder van een motorvoertuig), de 100%- en 50%-regels van overeenkomstige toepassing waren. Dat zou betekenen dat de bestuurder van het motorvoertuig buiten gevallen van aan opzet grenzende roekeloosheid de volledige schade, dan wel ten minste 50% van de schade, zelf zouden moeten dragen. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend, omdat deze regels een invulling gaven aan de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 lid 1 BW, die specifiek was toegespitst op de situatie waarin een voetganger of fietser de gelaedeerde partij is:

181. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, m.nt. Brunner (Ingrid de Kolk).

182. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566, m.nt. Brunner (IZA/Vrerink).

183. HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214, m.nt. Brunner (Chan-a-Hung/Maalsté).

“In die gevallen gaat het om bescherming van kwetsbare groepen van verkeersdeelnemers (voetgangers en fietsers). Met name de afweging van de persoonlijke en maatschappelijke belangen die zijn betrokken bij het geval dat aan de bestuurder letselschade is toegebracht, zal veelal tot een geheel andere uitkomst kunnen leiden dan waartoe de 100%- en de 50%-regel nopen.”

Vervolgens overwoog de Hoge Raad:

“Overeenkomstige toepassing van deze regels in zodanige gevallen lijkt niet op een breed maatschappelijk draagvlak te kunnen rekenen, zeker als het gaat om letselschade van de bestuurder van het motorrijtuig waartegen deze niet is verzekerd, terwijl de aansprakelijkheidsverzekering van de voetganger/fietsers die schade wel dekt. Derhalve zal steeds van geval tot geval eerst de door art. 6:101 lid 1 geëiste causaliteitsafweging moeten worden gemaakt, waarna de in dat artikel opgenomen billijkheidscorrectie aan de orde kan komen.

Bij de beantwoording van de vraag of de billijkheid – gelet op de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken – een andere verdeling eist, moet rekening worden gehouden met de ernst en de mate van verwijtbaarheid van de over en weer gemaakte fouten en met alle andere omstandigheden van het geval, waaronder het al dan niet verzekerd zijn, van de eigenaar/bestuurder en de aansprakelijk gestelde fietser/voetganger.

3.7.3 Reeds uit een oogpunt van zo eenvoudig mogelijke hantering van het systeem moet worden geoordeeld dat voor overeenkomstige toepassing van de 100%- en de 50%-regel ook geen plaats is bij zaakschade. Daarbij verdient wel aantekening dat in het kader van de billijkheidscorrectie kan meewegen dat het bij zaakschade gaat om een soort van schade waarbij aan het persoonlijk belang van de eigenaar een geheel ander gewicht kan worden toegekend dan bij letselschade en tevens dat de eigenaar die zich niet tegen cascoschade heeft verzekerd veelal bewust voor niet-verzekeren daarvan zal hebben gekozen.”

De Hoge Raad heeft dus geen algemene regel willen geven over de billijkheidscorrectie in gevallen van reflexwerking. Wel is duidelijk dat de ingrijpendheid van de schade – letselschade of uitsluitend zaakschade – een dempend effect zal hebben op de billijkheidscorrectie (de gelaedeerde zal meer schade zelf moeten dragen naarmate de schade minder ingrijpend is). Het tegenovergestelde zal het geval zijn als de voetganger of fietser voor de veroorzaakte schade verzekerd is.

Al met al liggen aan de 100%- en 50%-regels de volgende argumenten ten grondslag:

- 1) Voetgangers en fietsers zijn bijzonder kwetsbaar in het verkeer.
- 2) De gevolgen van een verkeersongeval zijn voor deze groep bijzonder ernstig.
- 3) Voor deze schade is voor motorvoertuigen een verzekering verplicht gesteld.

De eerste twee argumenten gaan in overtreffende mate op als de voetganger of fietser een kind is dat de leeftijd van 14 jaar nog niet heeft bereikt. Het criterium

‘aan opzet grenzende roekeloosheid’ houdt de begrenzing in van het moment waar de bovengenoemde argumenten nog doorslaggevend zijn om de 100%- en 50%-regel toe te passen. Wordt deze grens overschreden, dan is dat op morele gronden niet meer wenselijk. Zo overwoog ook de Hoge Raad in het Pesti-arrest:

“De uitzondering op de 50%-regel voor het geval van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de voetganger of fietser berust op de gedachte dat er in genoemd geval geen grond meer bestaat om de schade – ongeacht de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen – billijkheidshalve ten minste voor 50% ten laste van het motorrijtuig te brengen. Bij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de voetganger of fietser zijn immers diens eigen gedragingen in zodanige mate bepalend voor het ontstaan van het ongeval, dat de billijkheid in een dergelijk geval niet eist dat de beschermende 50%-regel ten gunste van deze voetganger of fietser geldt.”

3.6.4 Toepassing in de lagere jurisprudentie

Nadat in de voorgaande paragrafen de 100%- en 50%-regels zijn toegelicht en de rechtspraak van de Hoge Raad over opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid in beschreven, zal in de navolgende paragraaf worden stilgestaan bij de wijze waarop deze begrippen in de lagere rechtspraak worden toegepast. Om dit in kaart te brengen is alle lagere rechtspraak vanaf het Pesti-arrest tot 1 januari 2019 beoordeeld.¹⁸⁴ Het onderzoek wees uit dat er maar in zeer beperkte mate rechtspraak voorhanden is waarin de rechter zich inhoudelijk over het criterium ‘aan opzet grenzende roekeloosheid’ heeft uitgelaten: het onderzoek leverde slechts twee resultaten op.

De eerste uitspraak is gewezen door Rechtbank Amsterdam. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank dat het ‘zich op een roekeloze, althans zeer onvoorzichtige wijze heeft gedragen’ door de onverlichte auto van een onverlichte weg te willen duwen, onvoldoende is om vast te kunnen stellen dat sprake is geweest van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid.¹⁸⁵

De tweede uitspraak is gewezen door Rechtbank Utrecht.¹⁸⁶ De volgende overweging uit het vonnis laat zien dat de rechtbank aan opzet grenzende roekeloosheid heeft geobjectiveerd:

“Voor aan opzet grenzende roekeloosheid (in het kader van de zogenoemde 50%-regel) is bewustheid van het gevaar voor het ontstaan van een verkeersongeval vereist. Volgens vaste jurisprudentie dient die

184. Beoogd is een uitputtend onderzoek te doen naar alle jurisprudentie die is gepubliceerd op Rechtspraak.nl. Er is een voorselectie gemaakt op basis van een combinatie van de zoektermen ‘opzet’ en ‘grenzende roekeloosheid’. Er is geen onderzoek gedaan naar niet-gepubliceerde rechtspraak.

185. Rb. Amsterdam 9 januari 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BC1802*.

186. Rb. Utrecht 25 augustus 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5518*.

bewustheid te worden afgeleid uit feiten en omstandigheden. In deze zaak staat vast dat [eiser], nadat hij heeft stil gestaan op het punt waarop hij uiteindelijk is overgestoken, zonder (om) te kijken is gaan oversteken op het moment dat [naam A] al zo dicht genaderd was dat een aanrijding niet meer te voorkomen was. Het betrof bovendien geen officiële oversteekplaats voor fietsers komende uit die richting. Integendeel, het is ter plaatse verboden om in de door [eiser] gevolgde rijrichting over te steken. Uit deze feiten en omstandigheden valt naar het oordeel van de rechtbank af te leiden dat [eiser] zich bewust moet zijn geweest van het aanzienlijke gevaar van een aanrijding met een auto dat hij met zijn gedrag in het leven riep, terwijl hij zich van dat gedrag desondanks niet heeft laten weerhouden, zodat dit gedrag is aan te merken als aan opzet grenzende roekeloosheid. Daarbij heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat de omstandigheid dat [eiser] (zeer ernstig) onder invloed van alcohol was daaraan niet kan afdoen, omdat die omstandigheid ook aan hem moet worden toegerekend."

Daadwerkelijke bewustheid is volgens de rechtbank dus niet vereist. De rechtbank oordeelt dat uit het gedrag van de fietser in kwestie kon worden afgeleid dat hij zich bewust 'moet zijn geweest' van het aanzienlijke gevaar van een aanrijding. Mede gelet op de opmerking over de invloed van alcohol, lijkt de rechtbank de bewustheid van de fietser dus eerder aan het toe te rekenen dan dat zij de aanwezigheid daarvan vaststelt.

De bevindingen zijn hieronder weergegeven in tabel 3.5. Gelet op het beperkte aantal uitspraken kan aan deze bevindingen echter weinig gewicht worden toegekend.

Tabel 3.5

	Totaal aantal uitspraken	Geobjectiveerd criterium	Subjectief criterium
Opzet en aan opzet grenzende roekeloosheid	2 (100%)	1 (50%)	1 (50%)

3.7 ERNSTIGE VERWIJTBAAARHEID IN HET KADER VAN BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

3.7.1 *Historische en juridische achtergrond*

Interne bestuurdersaansprakelijkheid

De regeling voor interne bestuurdersaansprakelijkheid geldt sinds 1976 voor alle rechtspersonen. Aanvankelijk was deze geregeld in artikel 2:8 BW en sinds 1 januari 1992 is de bepaling vernummerd naar artikel 2:9 BW. Deze bepaling luidde tot 1 januari 2013 als volgt:

Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders

behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij hij bewijst deze niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Zoals al blijkt uit de wettekst hangt het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid nauw samen met het fenomeen 'behoorlijk bestuur'. Aan behoorlijk bestuur ligt het beginsel van collectief bestuur ten grondslag. Dit beginsel houdt onder andere in, dat als sprake is van een meerhoofdig bestuur, het bestuur als collectief verantwoordelijk is als sprake is van onbehoorlijk bestuur. Overigens staat die collectieve verantwoordelijkheid er niet aan in de weg om binnen een meerhoofdig bestuur een taakverdeling vast te leggen. Met een dergelijke taakverdeling wordt de collectieve verantwoordelijkheid echter niet opgeheven.

Collectieve verantwoordelijkheid leidt ook tot collectieve aansprakelijkheid, zij het dat voor individuele bestuurders de mogelijkheid bestaat om zich te disculperen. Op grond van het oude artikel 2:9 BW bestond de mogelijkheid van disculpatie als de individuele bestuurder kon bewijzen dat het onbehoorlijk bestuur niet aan hem te wijten was en hij niet nalatig was geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het criterium 'ernstig verwijt', viel tot 1 januari 2013 niet in de wettekst van artikel 2:9 BW terug te lezen.

Wat heeft te gelden als onbehoorlijk bestuur kan uit de parlementaire geschiedenis van artikel 2:9 BW nauwelijks worden afgeleid. Wel blijkt hieruit dat de wetgever heeft beoogd eenzelfde maatstaf te introduceren voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW en op grond van artikelen 2:138 en 248 BW (aansprakelijkheid bij faillissement), waar wordt gesproken over 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'.¹⁸⁷ De Hoge Raad heeft in het Panmo-arrest geoordeeld dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikelen 2:138/248 BW sprake kan zijn, als 'geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben'.¹⁸⁸ De Hoge Raad heeft deze maatstaf echter niet voorgeschreven voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW. In het arrest Staleman/Van de Ven

187. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, 6, p. 20.* Zie ook W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2017, p. 117-123.

188. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (Panmo). Zie eerder al over artikel 36 lid 3 Iw 1990: HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695 (Van Zoolingen). De maatstaf is in latere jurisprudentie van de Hoge Raad herhaald. Zie bijvoorbeeld HR 18 maart 2011, NJ 2011/132 (D Group Europe/Schreurs q.q.) en HR 12 februari 2016, JOR 2016/223, m.nt. Borrius.

heeft de Hoge Raad namelijk voor artikel 2:9 BW de ernstigverwijtmaatstaf geïntroduceerd.¹⁸⁹

Westenbroek heeft op overtuigende wijze betoogd dat de Hoge Raad het criterium 'ernstig verwijt' lijkt te hebben ontleend aan de arbeidsrechtelijke arresten Debrot en Posthumus/Terpstra.¹⁹⁰ Eerder is toegelicht dat de Hoge Raad in deze arresten het criterium 'ernstig verwijt' heeft geïntroduceerd voor aansprakelijkheid van de werknemer tegenover de werkgever. Westenbroek heeft uiteengezet dat in de literatuur die voorafging aan het arrest Staleman/Van de Ven door diverse auteurs is verdedigd dat het criterium 'ernstig verwijt' naar analogie ook zou moeten gelden voor de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap.¹⁹¹

In Staleman/Van de Ven ging het om het autoverkoopbedrijf Van de Ven dat op enig moment lease-activiteiten is gaan ontplooien, in het bijzonder op het gebied van financial lease – om zo de betrekkelijk grote voorraad tweedehands auto's te verminderen. De door de Staleman c.s. – als bestuurders van de vennootschap – ontplooiende activiteiten bleken tot grote verliezen te hebben geleid. Om die reden heeft Van de Ven de bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur. Het hof had in het in cassatie bestreden arrest overwogen dat de bestuurders 'een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling' kon worden gemaakt, als bedoeld in artikel 2:9 BW. Over dit onderdeel van het arrest oordeelde de Hoge Raad als volgt:

"De door onderdeel 1 van het middel aangevoerde rechtsklacht betreft de maatstaf die behoort te worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder die, zoals Staleman en Richelle, een natuurlijk persoon is en zijn taak in dienstbetrekking vervult, zozeer in een behoorlijke vervulling van de

189. De Hoge Raad heeft betrekkelijk recent nog moeten oordelen over de maatstaf die moet worden aangelegd voor aansprakelijkheid op grond van artikelen 2:138/248 BW. A-G Timmerman overwoog in zijn conclusie dat de voorgeschreven maatstaf afwijkt van de norm die geldt voor de andere vormen van bestuurdersaansprakelijkheid. Hij gaf echter ook aan dat de maatstaven 'niet wezenlijk verschillen'. Als argument dat ervoor pleit om in het kader van artikelen 2:138/248 BW vast te houden aan de formulering uit het Panmo-arrest noemde de A-G dat daarmee wordt benadrukt dat sprake is van 'verschillende juridische contexten'. De Hoge Raad was het kennelijk met die opvatting eens, aangezien hij de Panmo-formulering wederom heeft herhaald. Zie HR 21 december 2018, NJ 2019, 31 en de conclusie van A-G Timmerman voor dit arrest.

190. HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 m.nt. Stein (Debrot); HR 3 april 1987, NJ 1987, 606 (Posthumus/Terpstra). Zie voorts W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2017, p. 171-187.

191. Zie in het bijzonder P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen. Commentaar op de tweede de derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986, p. 17; P. van Schilfgaarde, 'De interne aansprakelijkheid van bestuurders', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Schetsen voor Bakels. Opstellen aangeboden aan Prof. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen*, Deventer: Kluwer 1987, p. 273-274; C.C.Th. van Andel, *De directeur; bestuurder en werknemer*, Deventer: Kluwer 1992, p. 65 en Asser/Maeijer 2-III 1994/321.

hem opgedragen taak is tekortgeschoten dat hij krachtens art. 2:9 BW tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is voor de schade welke deze als gevolg van die tekortkoming lijdt.

Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”

Het is de vraag hoe het door de Hoge Raad geïntroduceerde criterium ‘ernstig verwijt’ zich verhoudt tot de systematiek van artikel 2:9 BW. Binnen die systematiek behoren immers twee elementen te worden onderscheiden. Enerzijds geldt het vereiste dat het bestuur zich schuldig heeft gemaakt aan onbehoorlijke taakvervulling, hetgeen in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid vestigt. Anderzijds bestaat voor individuele bestuurders de mogelijkheid zich te disculperen. De Hoge Raad lijkt beide elementen – onbehoorlijke taakvervulling en disculpatie – bij wijze van ‘overall-toets’ in één criterium te hebben samengebracht, namelijk of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹⁹² In de literatuur wordt deze aanpak ook wel de geïntegreerde benadering genoemd.¹⁹³ De gezichtspuntencatalogus uit Staleman/Van de Ven (die hierna zal worden besproken) bevat elementen die te maken hebben met de behoorlijkheid van de taakuitoefening, alsook elementen die te maken hebben met disculpatiegronden van de individuele bestuurder.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid

Naast de interne bestuurdersaansprakelijkheid is in de jurisprudentie ook het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid ontwikkeld. Anders dan de interne aansprakelijkheid houdt externe aansprakelijkheid geen aansprakelijkheid jegens de vennootschap in, maar jegens derden die door het handelen van de bestuurder schade hebben geleden. De grondslag van deze aansprakelijkheid is steeds onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid is in zoverre bijzonder, omdat hiermee de bescherming die de rechtspersoonlijkheid van de rechtspersoon biedt wordt doorbroken. Hoewel de bestuurder heeft gehandeld in de hoedanigheid van een orgaan van een rechtspersoon, wordt hij jegens derden persoonlijk aansprakelijk gehouden. Voor de betrokken derden kan deze figuur uitkomst bieden als op de rechtspersoon geen verhaal meer mogelijk is.

192. Over de precieze inhoud van het criterium wordt in de literatuur al lange tijd gediscussieerd, waarbij men het erover eens is dat het precieze karakter van het criterium nog altijd in nevelen gehuld is. Daar komt bij dat het begrip wisselende gedaantes kan aannemen: nu eens moet het criterium worden beschouwd als een gekwalificeerde normschending, dan weer als een kwalificeerde mate van schuld. Soms heeft het betrekking op de toerekenbaarheid van een normschending, en in andere gevallen is het een combinatie van dit alles in de vorm van een ‘geïntegreerde benadering’. Zie hierover W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie, Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2017, p. 258-268. Zie ook B.F. Assink, ‘De januskop van het ondernemingsrecht – Over facilitering en regulering van ondernemerschap’, *Ondernemingsrecht* 2010/50, par. 55 e.v.

193. Zie bijvoorbeeld D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de board room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 16-30.

De eerste stap in de richting van externe aansprakelijkheid werd door de Hoge Raad gezet in het arrest Kretzschmar/Mendes de Leon uit 1927.¹⁹⁴ Hierin oordeelde de Hoge Raad dat bestuurders voor hun handelen persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn, als hun gedragingen als bestuurder van dien aard zijn, dat zij daardoor persoonlijk een onrechtmatige daad hebben gepleegd. De Hoge Raad overwoog vervolgens:

“Dit is het geval, wanneer een bestuurder tegen beter weten in een geheel scheeve voorstelling geeft van den staat van zaken in de N.V. en daardoor een derde beweegt om daarin a pari aandelen te nemen, die ten hoogste 15% waard waren.”

Nadat de Hoge Raad deze eerste stap in de richting van externe bestuurdersaansprakelijkheid had genomen, heeft hij dit leerstuk in latere jurisprudentie verder verfijnd. De vormen van externe aansprakelijkheid die veruit het meest voorkomen zijn ‘nakomingsfrustratie’ en de zogeheten ‘Beklamel-norm’.

Externe aansprakelijkheid in de vorm van nakomingsfrustratie houdt in dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden voor het weigeren – als orgaan van de rechtspersoon – om medewerking te verlenen aan nakoming van een verbintenis van de rechtspersoon. De Hoge Raad oordeelde in het arrest Van Dulleman/Sala dat dit onder omstandigheden een onrechtmatige daad van de bestuurder jegens derden kan opleveren.¹⁹⁵ In dit arrest ging het om een bestuurder die geen medewerking verleende aan de verplichting van de rechtspersoon om het door hem gehuurde pand te ontruimen. De Hoge Raad oordeelde dat de verplichting tot het verlenen van medewerking aan de ontruiming viel onder de zorgvuldigheid die de bestuurder naar verkeersnormen persoonlijk tegenover de huurder in acht moest nemen. Om die reden was de bestuurder tegenover de huurder persoonlijk aansprakelijk.

De Beklamel-norm werd door de Hoge Raad geïntroduceerd in het *Beklamel-arrest*.¹⁹⁶ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een bestuurder jegens een derde persoonlijk aansprakelijk kan zijn als hij namens de rechtspersoon verbintenissen aangaat met een derde, terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen, dat de rechtspersoon niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. In dit arrest ging het om een situatie waarin een onderneming – Stimulan – aan een andere rechtspersoon – Beklamel – voeder had verkocht en geleverd. Beklamel was daarvoor aan de Stimulan nog een substantiële geldsom verschuldigd. Betaling bleef echter uit en enige tijd later werd Beklamel failliet ver-

194. HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364, m.nt. Scholten (Kretzschmar/Mendes de Leon).

195. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (Van Dulleman/Sala).

196. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. Maeijer (Beklamel).

klaard. Hierop sprak Stimulan de bestuurder van Beklamel persoonlijk aan op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“Wat die grondslag betreft, heeft het hof in r.o. 6 van het tussenarrest overwogen dat het gaat om de vraag ‘of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst als directeur van Beklamel wist, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden’.

Blijkens r.o. 13 heeft het hof met de zinsnede ‘er niet aan behoefde te twijfelen’ bedoeld: ‘redelijkerwijze behoorde te begrijpen’.

Aldus heeft het hof de voor een geval als het onderhavige juiste maatstaf aangelegd.”

De Hoge Raad heeft de gevallen waarin sprake kan zijn van externe bestuurders-aansprakelijkheid samengevat in rechtsoverweging 3.5 van het hierna te bespreken arrest Ontvanger/Roelofsen.¹⁹⁷ Daarin wordt de Beklamel-norm aangeduid als geval (i) en wordt nakomingsfrustratie aangeduid als geval (ii). De Hoge Raad schaaft nakomingsfrustratie onder de gevallen waarin kan worden geoordeeld dat de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad benadrukt echter dat er zich ook andere situaties kunnen voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.

3.7.2 *Parlementaire geschiedenis*

Hoewel het criterium ‘ernstig verwijt’ in arrest Staleman/Van de Ven door de Hoge Raad is geïntroduceerd, is het criterium sinds de inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht ook gecodificeerd in artikel 2:9 BW. Het huidige artikel 2:9 BW luidt als volgt:

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.

2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

197. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever over de structuur van het tweede lid opgemerkt dat het beginsel van collectief bestuur er in beginsel toe leidt dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde. Er bestaat wel de mogelijkheid tot individuele disculpatie. Disculpatie is mogelijk wanneer een bestuurder – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Volgens de wetgever zou de oude wettekst voorts enige twijfel toelaten over de vraag of een bestuurder die kan aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, bevrijd is. In dat geval zou men niet meer toekomen aan de vraag of hij maatregelen had moeten treffen om het onheil af te wenden. Hierover merkt de wetgever op dat het woord “en” verzekert dat de taakverdeling én de eventuele nalatigheid van de bestuurder om maatregelen te treffen, beide worden getoetst.¹⁹⁸

De wijze waarop artikel 9 lid 2 BW thans is geformuleerd, in combinatie met de bovengenoemde toelichting, laat ruimte voor de vraag of voor de toets of de bestuurder nalatig is geweest bij het treffen van maatregelen het criterium ‘ernstig verwijt’ moet worden aangelegd. Een toelichting verderop in de memorie van toelichting wijst op een bevestigend antwoord:

“De formulering van lid 2 sluit aan bij de in de rechtspraak gebruikte terminologie. Veel geciteerd is het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997 inzake Staleman/Van der Ven (NJ 1997, 360 met nt. Ma.), waarin is uitgemaakt dat voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dat zo is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad. De bestuurder die wordt aangesproken, zal moeten aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn taak als bedoeld in artikel 2:9 lid 2 BW behoorde. Ook moet hij aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het handelen of nalaten door de andere bestuurder, wiens taak het wel betrof, af te wenden.”¹⁹⁹

De wetgever lijkt dus – in navolging van de Hoge Raad in *Staleman/Van der Ven* – te hebben gekozen voor een geïntegreerd systeem van bestuurdersaansprakelijkheid met ‘ernstig verwijt’ als allesomvattende maatstaf. Dat volgt ook uit de volgende passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag:

“Of in een specifiek geval aansprakelijkheid optreedt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Aansprakelijkheid treedt niet op tenzij de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, aldus artikel 2:9 lid 2 BW in navolging van de jurisprudentie van de Hoge Raad.”²⁰⁰

198. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, 3, p. 8.

199. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, 3, p. 9.

200. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, 6, p. 4.

Het volgt eveneens uit de volgende passage uit de memorie van antwoord:²⁰¹

“De formulering van artikel 2:9 lid 2 BW sluit aan bij de terminologie in de rechtspraak. De Hoge Raad heeft voor de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW bepaald dat vereist is dat de bestuurder een «ernstig verwijt» kan worden gemaakt (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360). De woorden «ernstig verwijt» zijn opgenomen in het nieuwe lid 2; wanneer geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan een bestuurder zich disculperen. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de vraag of een ernstig verwijt kan worden gemaakt, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. Daar gaat het wetsvoorstel ook vanuit.”

3.7.3 Rechtspraak Hoge Raad

De Hoge Raad over interne bestuurdersaansprakelijkheid

In het arrest Staleman/Van de Ven heeft de Hoge Raad niet alleen geoordeeld dat voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap de bestuurder een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt, hij heeft in dit arrest ook enkele aanwijzingen gegeven over de uitleg van dit begrip.²⁰² De Hoge Raad overwoog hierover het volgende:

“Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.”

In latere arresten heeft de Hoge Raad deze formule herhaald.²⁰³ Ook heeft de Hoge Raad de maatstaf in latere jurisprudentie verder uitgewerkt. Het arrest Berghuizer Papierfabriek is daarvan een voorbeeld. In dit arrest moest de Hoge Raad oordelen over een zaak waarin de bestuurder van de vennootschap aan een derde partij voor een veel te lage prijs opties had verleend op aandelen die door de vennootschap werden gehouden in een andere vennootschap. De beoogde koper gaf aan van het verleende optierecht gebruik te willen maken, waarna de aandelen werden verkocht. De vennootschap stelde dat zij – gezien de lage prijs waarvoor de aandelen waren verkocht – schade had geleden, waarvoor de bestuurder aanspra-

201. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, C, p. 15-16.

202. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. Maeijer (Staleman/Van de Ven).

203. Zie onder andere HR 11 juni 1999, NJ 1999, 586 (Van Dooren q.q./Hendriks); HR 10 december 1999, NJ 2000, 6 (Prickartz/M.).

kelijk werd gehouden. De bestuurder werd verweten dat hij van de raad van commissarissen geen toestemming had gekregen voor het aangaan van de optie-overeenkomst. Daarmee had de bestuurder in strijd gehandeld met de statuten van de vennootschap. In cassatie was de vraag aan de orde of het hof terecht had geoordeeld dat het handelen van de bestuurder hierdoor zonder meer als ernstig verwijtbaar kon worden aangemerkt.

De Hoge Raad herhaalde dat de vraag of sprake is van een ernstig moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.²⁰⁴

De Hoge Raad heeft de maatstaf 'ernstig verwijt' ook nader toegelicht in het arrest Skipper Club Charter.²⁰⁵ Het hof had in het bestreden arrest geoordeeld dat een op artikel 2:9 BW gegronde aansprakelijkheid alleen kan worden aangenomen als 'de betrokken bestuurder zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekortgekomen, dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen'. De Hoge Raad herhaalde wederom dat voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De bewoordingen van het hof leken er volgens de Hoge Raad op te wijzen dat het een te strenge maatstaf heeft aangelegd. Geheel duidelijk was dit echter niet, omdat het hof onvoldoende inzicht had gegeven in de gedachtegang die heeft geleid tot de verwerping van de stelling dat sprake was van onbehoorlijk bestuur. De Hoge Raad heeft met dit arrest dus aangegeven dat de lat van het criterium 'ernstig verwijt' ook weer niet te hoog mag worden gelegd.

De Hoge Raad over externe bestuurdersaansprakelijkheid

In de hiervoor aangehaalde jurisprudentie over externe bestuurdersaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad niet gesproken over het criterium 'ernstig verwijt'. Westenbroek heeft uiteengezet dat de Hoge Raad in de jaren vanaf 1997 tot 2005 een aantal arresten heeft gewezen waarin bewoordingen als 'voldoende', 'ernstig',

204. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Berghuizer Papierfabriek).

205. HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 m.nt. J.M.M. Maeijer (Skipper Club Charter).

‘persoonlijk’ en ‘verwijt’ zijn gebruikt.²⁰⁶ Dit lijkt de eerste aanzet te zijn geweest naar ‘normatieve convergentie’ tussen externe en interne bestuurdersaansprakelijkheid.²⁰⁷ Die convergentie werd voltooid met het arrest Ontvanger/Roelofsen.²⁰⁸

In dit arrest ging het om een situatie waarin de Ontvanger van de Belastingdienst zich op het standpunt stelde dat Roelofsen – directeur van twee vennootschappen die samen een fiscale eenheid vormden – onrechtmatig had gehandeld tegenover de Belastingdienst. Na het faillissement van de beide vennootschappen kon de fiscus een aantal naheffingsaanslagen omzetbelasting niet meer innen. De Ontvanger van de Belastingdienst heeft zich vervolgens op het standpunt gesteld dat Roelofsen persoonlijk aansprakelijk was, omdat hem persoonlijk een verwijt ervan viel te maken dat de vennootschappen waarvan hij bestuurder was, de fiscale regelgeving niet hadden nageleefd. Daarmee zou hij het benadelen van de fiscus op de koop toe hebben genomen. In het bijzonder werd Roelofsen verweten dat hij zou hebben “gesleept met omzetten”, met name door op grote schaal (frauduleus) te schuiven met aangiften en afdrachten. Het hof had de vordering tot schadevergoeding van de Ontvanger afgewezen, waarbij het hof oordeelde dat de Ontvanger onvoldoende feiten had gesteld die, indien deze zouden komen vast te staan, de conclusie zouden rechtvaardigen dat Roelofsen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen, dat de fiscale eenheid als gevolg van de verweten handelingen de naheffingsaanslagen niet (volledig) zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de voorzienbare schade die de Ontvanger dientengevolge zou lijden. In cassatie overwoog de Hoge Raad als volgt:

“Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295).”

206. Zie HR 14 november 1997, NJ 1998, 270, m.nt. Maeijer (Henkel/JMG); HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 m.nt. Maeijer (New Holland Belgium/ Oosterhof); HR 18 januari 2002, NJ 2002, 96 (Textile Company APS/Steins); HR 23 januari 2004, NJ 2005, 510 (Pontecceen/Van Straten) en HR 30 september 2005, NJ 2006, 312 m.nt. Van Schilfgaarde (Ontvanger/S.).

207. Zie W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2017, p. 316-321.

208. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

Nadat de Hoge Raad aldus de ernstigverwijtmaatstaf in algemene zin had geïntroduceerd, vervolgde de Hoge Raad zijn uiteenzetting:

“Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.”

De Hoge Raad concludeerde vervolgens dat in de onderhavige zaak sprake was van een situatie als bedoeld onder (ii). Om te beoordelen of op die grond sprake kon zijn van onrechtmatig handelen tegenover de Ontvanger, moest het hof volgens de Hoge Raad alle omstandigheden in aanmerking nemen. In het oordeel van het hof lag volgens de Hoge Raad besloten dat, wanneer niet zou komen vast te staan dat Roelofsen wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de belastingsschulden van de fiscale eenheid onbetaald zouden blijven, van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt aan Roelofsen geen sprake zou kunnen zijn. De hem verweten handelingen hielden weliswaar in dat de fiscale eenheid niet of niet volledig aan haar wettelijke verplichtingen voldeed, maar dat was volgens de hof in het kader van de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder op zichzelf niet voldoende voor het aannemen van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt. Dit oordeel getuigde volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en was ook niet onbegrijpelijk.

In het arrest Spaanse Villa heeft de Hoge Raad alsnog enige onduidelijkheid laten ontstaan over de maatstaf ‘ernstig verwijt’ bij externe bestuurdersaansprakelijkheid. In die zaak ging het om een bestuurder van een vennootschap die werd verweten dat hij onzorgvuldig had gehandeld in zijn hoedanigheid als deskundig bemiddelaar bij een transactie.²⁰⁹ In cassatie werd gesteld dat het hof zou hebben miskend dat de bestuurder alleen persoonlijk aansprakelijk kon worden gesteld voor zijn handelen, als hem een voldoende ernstig verwijt kon worden gemaakt.

209. HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 m.nt. Van Schilfgaarde (Spaanse Villa).

“De bedoelde rechtspraak en genoemd arrest zien op een eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder in een situatie waarin een schuldeiser van de vennootschap wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering op de vennootschap, ingeval de bestuurder (i) namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In deze gevallen is voor aansprakelijkheid van de bestuurder vereist dat hem (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Eenzelfde maatstaf is op zijn plaats bij beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is voor onrechtmatig handelen van de vennootschap. Ook daarvoor kan de bestuurder slechts (naast de vennootschap) persoonlijk aansprakelijk gehouden worden, indien hem ter zake van het onrechtmatig handelen van de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt op de grond dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen.

3.4.2 In het onderhavige geval is Van de Riet evenwel niet aansprakelijk gehouden voor een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de Vennootschap.

Blijkens rov. 4.7.2-4.7.4 heeft het hof immers Van de Riet aansprakelijk geoordeeld op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffman c.s., en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de Vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffman c.s.

Voor een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder – die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm – gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. Dat geldt ook in een geval als het onderhavige, waarin de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (tevens) als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden kan worden.”

Dit arrest heeft de nodige kritische auteurs aan het schrijven gezet. De kern van die kritiek luidt dat de Hoge Raad met het arrest Spaanse Villa onduidelijkheid heeft gecreëerd ten aanzien van de vraag wanneer wel en wanneer niet de maatstaf van ernstige verwijtbaarheid is vereist.²¹⁰ Stolp heeft daarentegen op heldere wijze uiteengezet dat in het arrest Spaanse Villa geen nieuwe categorie van externe bestuurdersaansprakelijkheid is ontwikkeld, waarvoor het criterium ‘ernstig verwijt’ niet zou gelden. In Spaanse Villa was sprake van een situatie waarin de aansprakelijk-

210. Zie P. Olden, ‘Toerekening of afrekening?’, *Ondernemingsrecht* 2013/1; M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Costa Blanca: directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om’, *AA* 2013/2, p. 125 e.v.; J. de Meij, ‘Zij aan zij aansprakelijk: wanneer verlies de bestuurder zijn vennootschappelijke bescherming?’, *V&O* 2013/1, p. 1-4; F. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, p. 664-670.

gestelde persoon niet handelde in zijn hoedanigheid van bestuurder. Hem kon dus ook geen verwijt worden gemaakt van onbehoorlijke taakvervulling. Dat de aansprakelijkgestelde persoon tevens bestuurder was van de vennootschap, was een toevallige – juridische niet relevante – bijkomstigheid.²¹¹

De Hoge Raad heeft – waarschijnlijk ingegeven door de in de literatuur geuite kritiek – duidelijkheid verschaft in de arresten Hezemans Air en RCI/Kastrop. In het eerstgenoemde arrest is de Hoge Raad expliciet ingegaan op de situatie die in Spaanse Villa aan de orde was en heeft hij zijn oordeel verduidelijkt.²¹² De Hoge Raad bevestigt dat het bij de vraag of voor externe aansprakelijkheid de verzwaarde maatstaf van ernstige verwijtbaarheid geldt, ervan afhankelijk is of de betrokkene tegenover de benadeelde derde heeft gehandeld in de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap:

“Bestuurdersaansprakelijkheid is evenwel niet aan de orde in een geval als zich voordeed in het arrest HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 (Spaanse Villa). Dat arrest had niet betrekking op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm. Zoals vermeld in rov. 3.2.2 van genoemd arrest had het hof immers (in cassatie onbestreden) geoordeeld dat niet de vennootschap waarvan de betrokkene bestuurder was, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar optrad. Voor toepassing van de verzwaarde maatstaf als hiervoor in 3.5.2 bedoeld, bestaan in een zodanig geval niet de aan het slot van 3.5.2 omschreven gronden.

Zoals blijkt uit het arrest van 23 november 2012, sluit dit niet uit dat de onrechtmatige gedragingen van de betrokkene in voorkomend geval in het maatschappelijk verkeer tevens kunnen worden aangemerkt als gedragingen van de vennootschap waarvan hij bestuurder is, met als gevolg dat (ook) de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden (vgl. ook HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34).

3.5.4 Indien echter sprake is van handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, dient de vraag of hij ook persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die de wederpartij lijdt ten gevolge van wanprestatie of een onrechtmatige daad van de vennootschap, steeds overeenkomstig de hiervoor in 3.5.2 bedoelde verzwaarde maatstaf te worden beantwoord.”

In het arrest RCI/Kastrop heeft de Hoge Raad deze overweging overgenomen en daaraan nog het volgende toegevoegd:

211. M. Stolp, Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht, NJB 2013/1344, p. 1440-1447

212. HR 5 september 2014, NJ 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde (Hezemans Air).

“Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (zie onder meer HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/ICI), geval (i)). In de kern houdt dit zogenoemde “Beklamelcriterium” de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.”²¹³

Het is dus duidelijk dat zodra een bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder handelt, de externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt beheerst door het criterium ‘(persoonlijk) ernstig verwijtbaar’. Daarmee heeft de Hoge Raad ervoor gekozen om de normen voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid gelijk te trekken (zogenoeten ‘normatieve convergentie’). Wanneer is voldaan aan die maatstaf in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad niet – zoals in het arrest Staleman/Van de Ven – verwoord in een gezichtspunten-catalogus. Dat de gezichtspunten-catalogus uit Staleman/Van de Ven van overeenkomstige toepassing zou zijn, ligt bij externe bestuurdersaansprakelijkheid niet voor de hand, omdat de gezichtspunten-catalogus is toegespitst op omstandigheden die zich alleen bij interne bestuurdersaansprakelijkheid voordoen. In plaats van een gezichtspunten-catalogus heeft de Hoge Raad ervoor gekozen om voorbeelden te benoemen van gevallen waarin sprake kan zijn van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij maakt de Hoge Raad de uitdrukkelijke kanttekening dat de mogelijkheid van externe aansprakelijkheid niet tot de genoemde voorbeelden beperkt is. Dit onderstreept het casuïstische karakter van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid. Dat volgt ook uit Ontvanger/Roelofsen (voor nakomingsfrustratie) en de hierboven aangehaalde rechtsoverweging uit RCI/Kastrop (voor de Beklamel-norm), aangezien de Hoge Raad hieruit uitdrukkelijk overweegt dat voor de beoordeling van de ernstige verwijtbaarheid *alle omstandigheden van het geval* in aanmerking moeten worden genomen.

3.7.4 *De ratio van het criterium ‘ernstig verwijt’*

Hoewel, zoals hiervoor is omschreven, de Hoge Raad sinds het arrest Staleman/Van de Ven met het criterium ‘ernstig verwijt’ een verhoogde drempel

213. HR 5 september 2014, NJ 2015, 22 m.nt. Van Schilfgaarde (RCI/Kastrop).

voor aansprakelijkheid hanteert in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid, heeft de Hoge Raad pas in latere arresten duidelijk gemaakt waartoe die verhoogde drempel dient.

In het kader van interne bestuurdersaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad de ratio van de maatstaf 'ernstig verwijt' pas voor het eerst toegelicht in het arrest Willemssen/NOM.²¹⁴ In dit arrest ging het om een aandeelhouder die participeerde in een holdingmaatschappij waarvan de bestuurder een vennootschap was, die op haar beurt werd bestuurd door de aangesproken bestuurder. De aandeelhouder weet deze bestuurder in strijd te hebben gehandeld met de participatie- en aandeelhoudersovereenkomst en de statuten van de holdingmaatschappij, door zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders van de holdingmaatschappij de rechtspersoon-bestuurder surseance van betaling aan te laten vragen voor de holdingmaatschappij. Kort daarna is het faillissement van de holdingmaatschappij uitgesproken. De Hoge Raad moest vervolgens de vraag beantwoorden of de norm voor interne bestuurdersaansprakelijkheid ook gold indien de bestuurder wordt aangesproken voor onbehoorlijk bestuur door een individuele aandeelhouder. De Hoge Raad overwoog als volgt:

"Het onderdeel stelt in wezen de vraag aan de orde of de voormelde norm voor interne aansprakelijkheid overeenkomstig heeft te gelden wanneer een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure."

Hoewel de Hoge Raad met de norm 'ernstig verwijt' aanvankelijk leek te hebben aangesloten bij de norm uit de arbeidsrechtelijke arresten Dubrot en Posthumus/Terpstra, maakt hij in Willemssen/NOM duidelijk dat de ratio van deze maatstaf in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid weldegelijk een eigen ondernemingsrechtelijk karakter heeft. Door het belang van de vennootschap om te voorkomen dat bestuurders hun handelen 'in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen' zo prominent te benoemen, lijkt de Hoge Raad sterk te zijn geïnspireerd door de opvatting van Kroeze over 'bange bestuurders'. Kroeze heeft deze opvatting het duidelijkst verwoord in zijn inaugurele rede. Hierin benoemt Kroeze

214. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, m.nt. Maeijer & Snijders (Willemssen/NOM).

een aantal aanwijzingen waaruit kan worden afgeleid dat Nederlandse bestuurders hun handelwijze laten beïnvloeden door de angst voor aansprakelijkheid en reputatieverlies.²¹⁵ Hij wees op diverse empirische onderzoeken, uitspraken van bestuurders en juridisch adviseurs in dagbladen, berichtgeving in de media, het feit dat headhunters en commissarissen het steeds moeilijker zouden vinden om goede bestuurders en commissarissen te vinden en de opmars van vrijwaringen en verzekeringen voor bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens Kroeze zou tot normatief uitgangspunt moeten worden verheven dat bonafide bestuurders van de Nederlandse regelgeving niets te vrezen zouden moeten hebben. Door vage normen – zoals het criterium van ernstige verwijtbaarheid – kan de bestuurder zijn aansprakelijkheidspositie niet goed inschatten. Dit zou ertoe kunnen leiden dat hij bij zijn gedrag een marge in acht zal nemen om ervoor te zorgen dat hij met zekerheid buiten de reikwijdte van de norm blijft zoals hij die opvat. Dit werkt risicomijdend gedrag in de hand. Ook wijst Kroeze op het gevaar van de *hindsight bias*. Het criterium ‘ernstige verwijtbaarheid’ dwingt de rechter om de ondernemingsbeslissing van de bestuurder achteraf – als de gevolgen van die beslissing bekend zijn – inhoudelijk te toetsen. Kroeze wijst erop dat het lang niet altijd mogelijk is om te beoordelen of sprake is van een slechte beslissing met een slechte afloop, of van een goede beslissing met een slechte afloop. Psychologisch onderzoek wijst uit dat mensen – dus ook rechters – wanneer zij gevraagd worden te oordelen over gedragingen waarvan de gevolgen al bekend zijn, geneigd zijn deze gedraging in het licht van die gevolgen te beoordelen. Waarschijnlijkheden worden achteraf vaak fors hoger ingeschat. Daar komt bij dat een rechter geen ondernemer is en om die reden niet altijd kan invoelen waarom een bestuurder zijn beslissing heeft genomen.²¹⁶

Kroeze meent dat de vage ernstigverwijtmaatstaf juist een van de oorzaken is van het fenomeen ‘bange bestuurders’.²¹⁷ Dit heeft de Hoge Raad er kennelijk niet toe aangezet om deze maatstaf los te laten. Wel heeft de Hoge Raad het voorkomen van risicomijdend ondernemen tot voornaamste doelstelling van de maatstaf verheven.

Dat roept de vraag op of de ernstigverwijtmaatstaf in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid op dezelfde ratio gestoeld is. De Hoge Raad heeft die vraag pas betrekkelijk recent bevestigend beantwoord in de arresten Hezemans Air en RCI/Kastrop.²¹⁸ Zoals al eerder bleek gaf de Hoge Raad in deze arresten een

215. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 6-8.

216. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 16-21.

217. Kroeze pleit er om die reden voor om een variant van de zogenoemde *business judgement rule* in te voeren. Op grond van deze regel komt de rechter niet aan een inhoudelijke toetsing van een bestuursbeslissing toe, als de eisende partij kan aantonen dat een beslissing niet te goeder trouw en niet in het belang van de vennootschap is genomen.

218. HR 5 september 2014, NJ 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde.

volledige uiteenzetting van het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij stelde de Hoge raad het volgende voorop:

“Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21).”

3.7.5 *Toepassing in lagere jurisprudentie*

In haar dissertatie uit 2017 heeft Pham empirisch onderzoek verricht naar de wijze waarop het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid wordt toegepast in de (lagere) rechtspraak.²¹⁹ Uit het onderzoek blijkt dat de vraag of sprake is van een ‘ernstig verwijt’ casuïstisch van aard is. Wel kan er een patroon worden waargenomen in de omstandigheden die in de rechtspraktijk zwaarder en minder zwaar meewegen in het oordeel dat een bestuurder aansprakelijk is op grond van onbehoorlijk bestuur.

In haar onderzoek heeft Pham een onderscheid gemaakt tussen contextuele kenmerken (*contextual legal case factors*) en gedragskenmerken (*behavioural legal case factors*). Onder de eerste categorie van kenmerken vallen de omstandigheden waarin de onderneming zich bevond en die als broeihaard (*breeding ground*) voor het geschil zouden kunnen worden gekenmerkt. Hieronder vallen omstandigheden als faillissement, mismanagement, falend beleid en onjuiste informatieverstrekking. Onder gedragskenmerken vallen omstandigheden die erop wijzen dat de rechter het gedrag *van de bestuurder zelf* kenmerkt als wangedrag. Voorbeelden daarvan zijn normoverschrijdend gedrag, de voorzienbaarheid van schade, het nemen van onredelijke risico's, het verzuimen zich adequaat te laten informeren, incompetentie, plichtsverzuim, belangenverstrengeling en handelingen met de bedoeling om de onderneming of belanghebbenden schade toe te brengen, waaronder fraude en bedrog (door Pham samengevat onder de noemer ‘subjective bad faith’). Uit het onderzoek blijkt dat drie gedragskenmerken in het bijzonder van grote invloed zijn

219. N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2017, p. 55 e.v.

op de uitkomst van de rechterlijke toetsing. Dit zijn 'subjective bad faith', de voorzienbaarheid van schade en normoverschrijdend gedrag.

Het aantal zaken over 'subjective bad faith' was betrekkelijk groot. Daar waar de rechter tot het oordeel kwam dat sprake was van 'subjective bad faith', werd in alle gevallen geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk was voor de schade. In dat geval leken de andere omstandigheden nauwelijks of geen invloed meer te hebben op de aansprakelijkheid. Ook 'normoverschrijdend gedrag' en 'voorzienbaarheid van de schade' leiden in zeer veel gevallen tot aansprakelijkheid van de bestuurder. Daar komt bij dat 'normoverschrijdend gedrag' en 'voorzienbaarheid van de schade' zonder bijkomende omstandigheden een sterke indicatie vormen voor 'subjective bad faith'. Pham merkt bovendien op dat de voorzienbaarheid van schade niet alleen relevante omstandigheid is in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid, maar ook in het kader van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Dat is opmerkelijk, omdat de voorzienbaarheid van de schade geen expliciet onderdeel uitmaakt van de gezichtspuntencatalogus uit Staleman/Van de Ven, maar uit hoofde van de Beklamel-norm wel expliciet van belang is geacht in het kader van externe aansprakelijkheid.

Verder bleek uit het onderzoek dat aan de contextuele kenmerken minder gewicht toekomt bij de beoordeling of de bestuurder aansprakelijk is. Alleen onjuiste informatieverstrekking blijkt relatief vaak tot aansprakelijkheid te leiden. Een betrekkelijk kleine invloed lijkt uit te gaan van de omstandigheden 'falend beleid' en 'onredelijke risico's'. Daaruit kan ogenschijnlijk worden afgeleid dat rechters het belang van ondernemersvrijheid en de mogelijkheid om in dat verband risico's te nemen willen beschermen.

3.8 OPZET

3.8.1 *Opzettelijke misleiding van de verzekeraar*

Historische en juridische achtergrond

Van oudsher regelde artikel 251 WvK (oud) de rechtsgevolgen die optraden als de aspirant-verzekerde de verzekeraar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onjuist had ingelicht. In dit wetsartikel was bepaald dat bij alle verkeerde of onwaarachtige opgaven, of alle verzwijgingen van aan de verzekerde bekende omstandigheden, welke van dien aard waren dat de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten, de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar kon worden vernietigd. Het deed niet ter zake of de aspirant-verzekerde bij het niet nakomen van deze verplichting te goeder trouw was of niet.

De vergaande bescherming van de verzekeraar die van dit wetsartikel uitging, is lange tijd aan kritiek onderhevig geweest.²²⁰ In de loop der tijd zijn – vooral door de wetsinterpretatie van de Hoge Raad – de scherpste kanten van artikel 251 WvK (oud) afgeslepen. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat eigenschappen van de verzekerde die invloed kunnen hebben op het ontstaan van schade weliswaar behoren tot de omstandigheden waarover de verzekerde mededelingen moet doen aan de verzekeraar, maar dat verzwijging hiervan niet automatisch leidt tot vernietigbaarheid van de verzekeringsovereenkomst.²²¹ Een beroep op vernietigbaarheid door de verzekeraar was volgens de Hoge Raad namelijk niet mogelijk, als de aspirant-verzekerde omstandigheden had verzwegen waarnaar de verzekeraar niet had gevraagd en waarvan de verzekerde niet alleen niet heeft geweten, maar hij ook niet heeft hoeven begrijpen dat de verzekeraar bij mededeling van die omstandigheden de verzekeringsovereenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Later heeft de Hoge Raad hieraan toegevoegd dat het element ‘niet heeft hoeven begrijpen’ subjectief moet worden uitgelegd, wat wil zeggen dat ook de ‘ontwikkeling’ van de aspirant-verzekerde in kwestie bij de beoordeling moet worden betrokken.²²²

In het arrest Gielen/Magna Insurance heeft de Hoge Raad een verdere stap gezet in de nuancering van artikel 251 WvK (oud).²²³ In de casus behorende bij dit arrest had de verzekeraar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een vragenlijst aan de verzekerde overhandigd, waarin niet naar het strafrechtelijke verleden van de aspirant-verzekerde werd gevraagd. Toen – nadat de verzekeringsovereenkomst was gesloten – de verzekerde een beroep deed op een uitkering in verband met brandschade, weigerde de verzekeraar toen bleek dat de verzekerde de informatie over zijn strafrechtelijke verleden niet vrijwillig had prijsgegeven. De Hoge Raad oordeelde dat een beroep op artikel 251 WvK (oud) in de gegeven omstandigheden niet opging. Als de verzekeraar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een vragenlijst hanteert en daarin niet om het strafrechtelijke verleden van de aspirant-verzekerde vraagt, dan kan de verzekeraar volgens de Hoge Raad in beginsel niet van de aspirant-verzekerde verlangen dat hij spontaan overgaat tot het prijsgeven van deze (gevoelige) informatie. Aan de verzekeraar staat het belang van strafrechtelijke gegevens in het algemeen beter voor ogen dan bij de aspirant-verzekerde. Als de verzekeraar er onder die omstandigheden om hem moverende redenen voor kiest om in de vragenlijst geen gerichte vraag op te

220. Zie voor een uitgebreid overzicht de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor het arrest HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 570, m.nt. Wachter (Gielen/Magna Insurance).

221. HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366 (Tilkema's duim).

222. HR 3 november 1978, *NJ* 1980, 500, m.nt. Wachter (Maarnse broodbezorger). A-G Biegman-Hartogh concludeert bij dit arrest bovendien dat de regel uit artikel 251 WvK (oud), dat de goede trouw de verzekerde niet kan baten, in de praktijk weinig om het lijf heeft: indien aan de verzekerde niets te verwijten valt, komt de verzekeraar geen beroep op art. 251 WvK toe.

223. HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 570, m.nt. Wachter (Gielen/Magna Insurance).

nemen over het strafrechtelijke verleden van de aspirant-verzekerde, geldt volgens de Hoge Raad het volgende:²²⁴

“Dit brengt mee dat in een zodanig geval stilzwijgen omtrent dit verleden niet kan leiden tot nietigheid van de verzekering krachtens art. 251K– zoals dit artikel in redelijkheid moet worden uitgelegd –, tenzij de verzekerde zijn strafrechtelijk verleden heeft verzwegen met de bedoeling zich daardoor een verzekering te verschaffen, die de verzekeraar, zo hij met dat verleden bekend zou zijn geweest, niet of niet onder dezelfde voorwaarden gesloten zou hebben.”

Deze laatste passage zou later voor de wetgever richtinggevend worden voor de wetgever voor de definitie van ‘opzettelijke misleiding’ van de verzekeraar in titel 7.17 Nieuw BW.

Parlementaire geschiedenis

Met de invoering van titel 7.17 BW per 1 januari 2006, heeft de wetgever op diverse plaatsen het criterium ‘met het opzet de verzekeraar te misleiden’ geïntroduceerd. Dit criterium is in de eerste plaats van belang voor de rechtsgevolgen die intreden als de aspirant-verzekerde onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt aan de verzekeraar ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Het eerste lid van artikel 7:928 BW bepaalt dat de verzekeringnemer verplicht is vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen. Anders dan in artikel 251 WvK (oud) heeft overtreding van de mededelingsplicht niet langer tot gevolg dat de verzekerde zijn aanspraak op de volledige uitkering verliest. De gevolgen van overtreding van de mededelingsplicht zijn namelijk uitvoerig geregeld in artikel 7:930 BW.

In het tweede lid van artikel 7:930 BW is geregeld dat de bedongen uitkering ondanks schending van de mededelingsplicht toch verschuldigd is, indien de niet of onjuist meegedeelde feiten van geen belang zijn voor de beoordeling van het risico, zoals dit zich heeft verwezenlijkt. Is de schending van de mededelingsplicht wél van belang voor de beoordeling van het risico dat zich heeft verwezenlijkt, maar zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken alleen een hogere premie hebben bedongen, of de verzekering tot een lager bedrag zou hebben geslo-

224. De beperking van de mededelingsplicht met betrekking tot het strafrechtelijk verleden van de verzekerde en de regel die geldt als de verzekeraar gebruik heeft gemaakt van een vragenlijst, zijn thans wettelijk geregeld in artikel 7:928 lid 5 en lid 6 BW. De aspirant-verzekerde hoeft geen mededelingen te doen over zijn strafrechtelijke verleden, als de verzekeraar daar geen gerichte vraag over stelt. De verzekeraar die gebruik heeft gemaakt van een vragenlijst kan zich er niet op beroepen dat vragen niet zijn beantwoord, of feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld, of dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden.

ten, dan wordt de uitkering op grond van artikel 7:930 lid 3 BW verminderd naar evenredigheid van hetgeen de premie meer of de verzekerde som minder zou hebben bedragen. Zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken andere voorwaarden hebben bedongen, dan moet de verschuldigdheid van de uitkering worden beoordeeld alsof deze voorwaarden wel in de overeenkomst waren opgenomen. Dit betekent dat de verzekerde alleen het volledige recht op uitkering verliest als de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken helemaal geen verzekering zou hebben gesloten (artikel 7:930 lid 4 BW) of als de verzekerde zijn mededelingsplicht heeft geschonden 'met het opzet de verzekeraar te misleiden' (artikel 7:930 lid 5 BW).

Het criterium 'opzettelijke misleiding' komt verder voor in artikel 7:928 lid 6 (als de verzekeraar gebruik heeft gemaakt van een vragenlijst, kan hij zich niet beroepen op feiten waarnaar niet was gevraagd en evenmin op een onvolledige beantwoording van een in algemene termen vervatte vraag, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden) en artikel 7:929 lid 2 BW (de verzekeraar die ontdekt dat de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet hem te misleiden kan de overeenkomst binnen twee maanden na ontdekking met dadelijke ingang opzeggen). Verder bepaalt artikel 7:938 lid 1 BW dat geen premie is verschuldigd als in het geheel geen risico is gelopen, tenzij sprake is van opzettelijke misleiding door de verzekeringnemer. Artikel 7:939 BW bepaalt dat bij tussentijdse opzegging van de verzekeringsovereenkomst de premie naar billijkheid wordt vermindert, tenzij de opzegging heeft plaatsgevonden wegens opzettelijke misleiding van de verzekeraar (als bedoeld in artikel 7:929 lid 2 BW). Artikel 7:940 lid 3 BW bepaalt dat de opzegtermijn bij tussentijdse opzegging van de verzekeringsovereenkomst in beginsel 2 maanden is, tenzij sprake is van opzet tot misleiding. Tot slot bepaalt artikel 7:941 BW lid 5 BW dat geen recht op uitkering bestaat als de verzekerde zijn meldingsplicht op grond van het eerste lid heeft geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden. Het gaat in dat geval niet om schending van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, maar om bedrog bij een beroep op uitkering. Hoewel de parlementaire geschiedenis hierover niets vermeldt, ligt het voor de hand dat de wetgever heeft bedoeld om 'opzettelijke misleiding' in titel 7.17 BW – gelet op de samenhang van de bepalingen waarin dit criterium voorkomt – steeds op dezelfde manier uit te leggen.

De wetgever heeft zich slechts in beperkte mate uitgelaten over de betekenis van opzettelijke misleiding van de verzekeraar. De enige toelichting van de wetgever heeft betrekking op artikel 7:928 lid 6 BW:

"Hieronder is te verstaan: het opzet de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Men zie het hierboven aan-

gehaalde arrest H.R. 18 december 1981, N.J. 1982, 570, door welke uitspraak bovendien de laatste zin van lid 6 is ingegeven."²²⁵

De wetgever verwijst dus uitdrukkelijk naar de maatstaf uit het arrest Gielen/Magna Insurance. Wat dit precies betekende voor de uitleg van opzettelijke misleiding zou de Hoge Raad later verduidelijken in het arrest Eiser/ASR, zoals hierna zal worden toegelicht.

Rechtspraak Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich tot op heden slechts in één arrest – het arrest Eiser/ASR – uitgelaten over de uitleg van het criterium 'opzet tot misleiding'.²²⁶ In deze zaak huurde de verzekerde een pand, waarin hij een eetcafé exploiteerde. De verzekerde had voor dit pand bij ASR een bedrijfsschadeverzekering gesloten, die onder andere dekking bood voor brandschade. Toen op een nacht het pand door brand beschadigd raakte, heeft ASR opdracht gegeven om de brand te onderzoeken. Uit het onderzoeksrapport bleek dat de brand door brandstichting was ontstaan. ASR heeft dekking van de schade geweigerd, omdat de verzekerde bij het aanvragen van de verzekering relevante gegevens verzwegen had en bovendien uit onderzoek was gebleken dat een sleutelhouder (dat wil zeggen: de verzekerde zelf) bij het ontstaan van de brand betrokken moest zijn geweest.

Over de gebeurtenissen rondom het ontstaan van de brand had de verzekerde verklaard dat er al eens eerder een brand was gesticht in zijn eetcafé. Kort voor deze brandstichting werd de broer van de verzekerde, die ook in het eetcafé werkte, verdacht van betrokkenheid bij een schietpartij. De verzekerde had het vermoeden dat de brandstichting, alsook een latere vernieling van de ruiten van het pand, verband hielden met deze schietpartij. Het eetcafé is daarna een tijd gesloten geweest. Toen de verzekerde het eetcafé opnieuw opende besloot hij het pand te verzekeren, mede gelet op de eerdere gebeurtenissen. De verzekeringsovereenkomst is gesloten op basis van een door ASR opgestelde en door de verzekering ingevulde vragenlijst. Een van de vragen was of de verzekerde al eerder schade had geleden door een te verzekeren gebeurtenis. De verzekerde heeft deze vraag met 'nee' beantwoord. De verzekerde heeft verder niets gemeld over de eerdere brandstichting en de vernieling van de ruiten.

Het hof was in het in cassatie bestreden arrest tot het oordeel gekomen dat de verzekerde feiten had verzwegen waarvan hij wist, althans behoorde te weten, dat deze van belang waren voor de beslissing van ASR of (en op welke voorwaarden) zij de verzekering zou willen sluiten. Het hof was ook van oordeel dat sprake was

225. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, 3, p. 9.

226. HR 25 maart 2016, NJ 2016, 382, m.nt. Mendel (Eiser/ASR).

van opzet tot misleiding als bedoeld in artikel 7:930 lid 5 BW. De verzekerde sloot de verzekering, terwijl hij zich bewust was van het risico dat nadere schade zou worden toegebracht aan het café en van het feit dat het voor ASR van belang was om kennis te nemen van dat risico. Door desondanks een op het inschatten van dat risico gerichte eenduidige vraag onjuist te beantwoorden kon het volgens het hof niet anders zijn dan dat de verzekerde heeft gehandeld met het opzet ASR te misleiden.

In cassatie werd opgekomen tegen het oordeel dat de verzekerde had gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Zonder succes: de Hoge Raad kwam tot de conclusie dat het oordeel van het hof dat de verzekerde had gehandeld met het opzet ASR te misleiden, alleszins begrijpelijk was. Hij begon zijn uiteenzetting door te benadrukken dat artikelen 7:928 en 7:930 BW met elkaar samenhangen. Hierop overwoog de Hoge Raad als volgt:

“Mede gelet op de tussen de art. 7:928 BW en 7:930 BW bestaande samenhang dient onder opzet tot misleiding in de zin van art. 7:930 lid 5 BW te worden verstaan dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft medegedeeld die hij kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.”

Gelet op deze definitie van opzet tot misleiding heeft de Hoge Raad de conclusie van A-G Timmerman gevolgd. De A-G kwam na een analyse tot de slotsom dat uit de samenhang tussen artikelen 7:928 en 7:930 BW volgt dat voor opzet in de zin van artikel 7:630 lid 5 BW twee elementen vereist zijn:

- i. de verzekeringnemer heeft feiten verzwegen die hij kende of behoorde te kennen en waarvan hij wist of behoorde te begrijpen dat die van belang waren voor de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, onder welke voorwaarden, de verzekeringsovereenkomst zou worden gesloten, en
- ii. de verzekeringnemer heeft daarbij gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden, hetgeen betekent dat de verzekeringnemer het opzet heeft gehad om de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

In het eerste vereiste is de meldingsplicht van artikel 7:928 BW versleuteld. Het tweede vereiste brengt vervolgens tot uitdrukking dat schending van de mededelingsplicht niet voldoende is om de verplichting tot uitkering geheel te laten vervallen (anders had de wetgever immers kunnen volstaan met artikel 7:928 BW en

de daaropvolgende sanctie dat de verzekeraar bij schending van dat artikel geen uitkering verschuldigd was).²²⁷

In de definitie van de Hoge Raad zijn de twee vereisten van A-G Timmerman duidelijk terug te lezen. Anders dan de A-G geeft de Hoge Raad niet aan dat de twee vereisten afkomstig zijn uit twee verschillende wetsbepalingen. Daarmee wordt de suggestie gewekt dat zowel het vereiste onder i), als het vereiste onder ii) onderdeel uitmaken van de definitie van opzettelijke misleiding in de zin van artikel 7:930 lid 5 BW. In de literatuur is de terechte vraag gesteld hoe het mogelijk is dat een verzekerde die feiten niet kende, maar wel *behoorde te kennen*, toch kan handelen met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan, die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van de omstandigheid dat de verzekerde niet wist, maar wel *behoorde te begrijpen* dat achtergehouden feiten van belang zijn voor de verzekeraar. Mendel heeft in zijn annotatie in de *NJ* gesteld dat dit niet mogelijk is. Zou dat wel mogelijk zijn, dan blijft er naar zijn mening weinig over van het begrip opzet in de algemeen aanvaarde zin van zich *willens en wetens* op een bepaalde manier gedragen of desbewust de aanmerkelijke kans op schade of nadeel aanvaarden (voorwaardelijk opzet).²²⁸ Ook Engel vraagt zich af hoe een aspirant-verzekeringnemer die een feit niet kent (maar wel behoort te kennen), dit feit voor de verzekeraar kan verzwijgen met de bedoeling de verzekeraar te misleiden.²²⁹ Een mens is niet in staat een feit te verzwijgen waarmee hij niet bekend is. Volgens Engel hadden de objectiveringen 'behoorde te kennen' en 'behoorde te begrijpen' beter achterwege kunnen worden gelaten.

Ratio van het criterium opzettelijke misleiding

Bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst is het van groot belang dat de verzekeraar op de verzekerde kan vertrouwen. De verzekeraar moet in staat zijn om een goede inschatting te maken van de omvang van het risico dat de verzekerde wenst te verzekeren. Om die reden moet de verzekeraar ervan uit kunnen gaan dat de verzekerde hem (desgevraagd of vrijwillig) juist zal inlichten. Dit belang van de verzekeraar werd door middel van het oude artikel 251 WvK (oud) BW in vergaande mate beschermd. Te ver, zo was de opvatting van de wetgever bij de introductie van het nieuwe verzekeringsrecht.

De bepalingen in titel 7.17 BW, waarin het criterium het opzet de verzekeraar te misleiden wordt gehanteerd, moeten daarom in belangrijke mate worden

227. Zie de conclusie van A-G Timmerman bij HR 25 maart 2016, *NJ* 2016/382, m.nt. Mendel (Eiser/ASR), par. 3.6.5.

228. M.M. Mendel in zijn annotatie bij *NJ* 2016/382.

229. K. Engel, 'Met het opzet de verzekeraar te misleiden bij het sluiten van de verzekering', *NTHR* 2016/5, p. 256-257.

beschouwd als een correctie op de nogal rigide regel uit artikel 251 WvK (oud). De wetgever heeft de keuze gemaakt dat het schenden van de mededelingsplicht in beginsel niet leidt tot verlies van het recht op uitkering. Op die hoofdregel is in het nieuwe systeem slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering mogelijk. Een van de uitzonderingen is opzettelijke misleiding van de verzekeraar.²³⁰ Dit criterium geldt derhalve als absolute morele begrenzing binnen de genuanceerde systematiek van rechtsgevolgen van schending van de mededelingsplicht.

Toepassing in de lagere jurisprudentie

Tot de Hoge Raad het arrest Eiser/ASR wees was nog weinig bekend over de wijze waarop het opzetcriterium moest worden uitgelegd en toegepast. Het is daarom interessant om te beoordelen of en zo ja, hoe sinds Eiser/ASR met opzettelijke misleiding van de verzekeraar in de lagere rechtspraak wordt omgegaan. Raadpleging van www.rechtspraak.nl leverde sinds Eiser/ASR 30 uitspraken op waarin de rechter een inhoudelijk oordeel geeft over opzettelijke misleiding.²³¹ De bevindingen zijn weergegeven in tabel 3.6.

Het valt op dat veruit het grootste deel van de aangetroffen uitspraken – 19 van de 30 – betrekking heeft op artikel 7:941 lid 5 BW. Verder valt op dat opzettelijke misleiding op grond van artikel 7:941 lid 5 BW in het grootste deel van deze uitspraken daadwerkelijk aanwezig wordt geacht.²³² Dat betekent echter niet dat de lagere rechters opzettelijke misleiding ruim uitleggen. De werkwijze van de rechter is namelijk als volgt: eerst stelt de rechter vast dat de verzekerde de verzekeraar onjuiste inlichtingen heeft verstrekt. Vervolgens stelt de rechter vast dat de verzekerde ten tijde van het verstrekken van de onjuiste informatie wist dat de informatie niet juist of onvolledig was. Vanaf die conclusie is het een kleine stap naar opzettelijke misleiding: welke ander motief kon de verzekerde immers hebben voor het bewust verstrekken van onjuiste gegevens aan de verzekeraar, dan hem

230. Zie ook *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, 3, p. 10 ten aanzien van de mogelijkheid tot opzegging van de verzekeringsovereenkomst op grond van artikel 7:929 lid 2 BW: “Het ontwerp heeft de beslissing over het voortbestaan van de verzekering slechts in deze uiterste gevallen in de handen van de verzekeraar gelegd om te voorkomen dat hij op grond van minder ernstige tekortkomingen een verzekering zou opzeggen, waarvan hij op andere gronden af zou willen.”

231. In de database van www.rechtspraak.nl is gezocht op basis van een combinatie van de zoektermen ‘opzet’, ‘misleiden’ en ‘verzekeraar’.

232. Rb. Gelderland 26 juli 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:4238*; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2017, *ECLI:NL:GHARL:2017:7544*; Rb. Limburg 22 november 2017, *ECLI:NL:RBLIM:2017:11271*; Hof Den Haag 20 februari 2018, *ECLI:NL:GHDHA:2018:3943*; Hof ‘s-Hertogenbosch 20 maart 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:1206*; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:3511*; Hof Den Haag 18 september 2018, *ECLI:NL:GHDHA:2018:2408*; Hof ‘s-Hertogenbosch 30 april 2019, *ECLI:NL:GHSHE:2019:1610*; Hof Den Haag 18 september 2018, *ECLI:NL:GHDHA:2018:2408*; Rb. Noord-Nederland 26 september 2018, *ECLI:NL:RBNNE:2018:5056*; Rb. Gelderland 2 januari 2019, *ECLI:NL:RBGEL:2019:233*; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2019, *ECLI:NL:GHARL:2019:802*; Hof Den Haag 29 januari 2019, *ECLI:NL:GHDHA:2019:50*; Hof Amsterdam 9 april 2019, *ECLI:NL:GHAMS:2019:1193*.

hiermee om de tuin te leiden. Het blijkt dat de verzekerde in de praktijk doorgaans geen aannemelijk alternatief tegenover deze conclusie kan stellen.²³³

De rechter heeft ook in een aantal gevallen vastgesteld dat opzettelijke misleiding niet aanwezig was.²³⁴ In vrijwel alle gevallen kwam de rechter tot dit oordeel door de vaststelling dat de verzekeraar onvoldoende had gesteld om opzettelijke misleiding aannemelijk te maken. In die gevallen volgt zelden een uitvoerige inhoudelijke beoordeling.

In een aantal gevallen geeft de rechter juist wel duidelijk inzicht in de toets die wordt aangelegd. Uit die uitspraken blijkt dat rechters opzettelijke misleiding beperkt opvatten: er wordt uitdrukkelijk overwogen dat vereist is dat de verzekerde het oogmerk had de verzekeraar te misleiden. Voorwaardelijk opzet is dan niet voldoende.²³⁵ Slechts in twee gevallen oordeelde de rechter dat voorwaardelijk opzet wel voldoende was voor opzettelijke misleiding.²³⁶

Tabel 3.6

	Totaal aantal uitspraken	Succesvol beroep op opzettelijke misleiding	Aantal uitspraken met een streng opzetcriterium	Aantal uitspraken met een ruim opzetcriterium
Opzettelijke misleiding van de verzekeraar	30 (100%)	17 (57%)	28 (93%)	2 (7%)

233. In de volgende uitspraken kwam de rechter op een vergelijkbare wijze tot de conclusie dat sprake was van opzettelijke misleiding als bedoeld in artikel 7:930 BW: Rb. Noord-Holland 10 oktober 2017, *ECLI:NL:RBNNE:2017:3858*; Rb. Amsterdam 20 december 2018, *ECLI:NL:RBAMS:2018:9439*; Rb. Rotterdam 6 maart 2019, *ECLI:NL:RBROT:2019:2192*; Hof Den Haag 6 augustus 2019, *ECLI:NL:GHDHA:2019:2015*.

234. Met betrekking tot artikel 7:941 lid 5 BW: Rb. Gelderland 29 november 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:6865*; Hof Amsterdam 11 december 2018, *ECLI:NL:GHAMS:2018:4559*; Hof Arnhem-Leeuwarden 30 april 2019, *ECLI:NL:GHARL:2019:3794*. Ten aanzien van artikel 7:930 lid 5 BW: Rb. Gelderland 20 december 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:6736*; Rb. Amsterdam 24 oktober 2018, *ECLI:NL:RBAMS:2018:9035*; Hof 's-Hertogenbosch 30 april 2019, *ECLI:NL:GHSHE:2019:1608*; Hof Amsterdam, 2 juli 2019, *ECLI:NL:GHAMS:2019:2224*; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, *ECLI:NL:GHARL:2019:5667*. Ten aanzien van artikel 7:928 lid 6 BW: Rb. Rotterdam 21 maart 2018, *ECLI:NL:RBROT:2018:2377*.

235. In die zin: Rb. Gelderland 22 november 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:6261*; Rb. Gelderland 20 december 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:6736*; Rb. Rotterdam 21 maart 2018, *ECLI:NL:RBROT:2018:2377*; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:6537*; Rb. Amsterdam 24 oktober 2018, *ECLI:NL:RBAMS:2018:9035*.

236. Rb. Den Haag 18 juli 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:9458*, waarin de rechter leek te toetsen aan een objectief verwijtbaarheids criterium en Rb. Noord-Nederland 26 september 2018, *ECLI:NL:RBNNE:2018:5056*, waarin werd geoordeeld dat opzet in artikel 7:941 lid 5 BW anders moest worden uitgelegd dan opzet in artikel 7:930 lid 5 BW (namelijk inclusief voorwaardelijk opzet).

3.8.2 *Opzet van de verkoper (art. 7:23 lid 3 BW)*

Historische en juridische achtergrond

De term 'opzet' komt als geïsoleerd criterium ook voor in artikel 7:23 lid 3 BW en houdt verband met de verjaringstermijn die geldt voor de koper ten aanzien van een beroep op non-conformiteit. Op grond van artikel 7:23 lid 1 BW kan de koper zich er niet meer op beroepen dat hetgeen door de verkoper is geleverd, niet voldoet aan de koopovereenkomst, als hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij de non-conformiteit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, in kennis heeft gesteld. Op grond van het tweede lid van artikel 7:23 BW verjaren rechtsvorderingen en verweren op grond van non-conformiteit binnen twee jaar na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving. Het derde lid bepaalt vervolgens dat de termijn niet loopt, zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van 'opzet van de verkoper'.

Parlementaire geschiedenis

In de parlementaire geschiedenis laat de wetgever zich in beperkte mate uit over de betekenis van opzet in artikel 7:23 lid 3 BW. De wetgever noemt een aantal voorbeelden waarin hiervan sprake kan zijn:

*"Indien de koper de afwijking niet ontdekt heeft en derhalve daarvan niet binnen de in lid 1 gestelde termijn kennis heeft gegeven, omdat de verkoper deze afwijking desbewust verborgen heeft gehouden of opzettelijk nagelaten heeft deze mede te delen, gaat het recht van de koper niet verloren. Hetzelfde geldt als de verkoper door een of andere handeling, hetzij door de koper te bedriegen, hetzij door hem te bedreigen, de koper opzettelijk heeft verhinderd zijn vordering in te stellen of zijn verweer te voeren binnen de in lid 2 bepaalde termijn."*²³⁷

De uitleg van het opzetcriterium wordt door deze bepaling niet veel duidelijker. Een andere passage geeft daarover wellicht iets meer duidelijkheid. De wetgever licht in deze passage toe waarom een verjaringstermijn van twee jaren toereikend wordt geacht. Hierover wordt het volgende opgemerkt:

*"Men bedenke in dit verband ook dat artikel 3.11.17 anders dan het huidige artikel 2016 BW de mogelijkheid kent om de verjaring te stuiten door een enkele schriftelijke aanmaning, en voorts dat lid 3 van het onderhavige artikel de koper beschermt in geval van boos opzet aan de zijde van de verkoper."*²³⁸

Wat de wetgever in deze context precies bedoelt met de term 'boos opzet' wordt niet duidelijk. Het is een term die ook wordt gehanteerd in het strafrecht en daar wordt beschouwd als de tegenhanger van 'kleurloos opzet'.²³⁹ Boos opzet houdt in

237. Kamerstukken II 1981, 16 979, 3, p. 42-43.

238. Kamerstukken II 1981, 16 979, 3, p. 44.

239. Zie C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 187-189.

dat de dader zich bij zijn gedraging bewust is van het feit dat hij hiermee een wettelijk verbod schendt en zijn gedraging dus op de schending van dat verbod gericht is.²⁴⁰ Dat met boos opzet in artikel 7:23 lid 3 BW hetzelfde is bedoeld ligt niet voor de hand, alleen al omdat in de context van artikel 7:23 BW geen sprake is van een wettelijk verbod. In ieder geval lijkt uit de opmerking te moeten worden afgeleid dat opzet in artikel 7:23 BW beperkt moet worden uitgelegd.

Toepassing in de lagere jurisprudentie

De Hoge raad heeft zich tot op heden niet over opzet in artikel 7:23 lid 3 BW uitgelaten. Ook lagere rechtspraak is bijzonder schaars. Onderzoek in de database van *www.rechtspraak.nl* leidde in totaal tot slechts een vijftal uitspraken waarin de rechter een inhoudelijk oordeel heeft gegeven over het opzetcriterium.²⁴¹ De bevindingen worden in tabel 3.7 weergegeven.

Uit de aangetroffen rechtspraak blijkt dat het criterium in de lagere rechtspraak beperkt wordt uitgelegd. In slecht één uitspraak heeft het beroep op artikel 7:23 lid 3 BW door de koper succes gehad.²⁴² In deze zaak had Gemeente Steenwijkerland aan de koper een schoolgebouw verkocht. Later bleek het schoolgebouw asbest te bevatten. De gemeente had de koper hierover niet geïnformeerd. De koper stelde in de procedure dat hij achteraf van een voormalig raadslid had vernomen dat de gemeente het schoolgebouw zo spoedig mogelijk wenste te verkopen ‘in verband met de aanwezigheid van asbest’. Indien dit zou komen vast te staan, zou de gemeente volgens de rechtbank haar mededelingsplicht ‘desbewust’ hebben geschonden en zou er dus ‘in zoverre van opzet aan de zijde van de gemeente sprake zijn’.

In de overige zaken had de koper geen succes. Drie van deze uitspraken geven echter geen inzicht in de betekenis van het opzetcriterium: de rechter volstaat met het enkele oordeel dat de koper geen feiten en omstandigheden heeft gesteld die – indien bewezen – tot het oordeel leiden dat sprake is van opzet van de verkoper.²⁴³ Alleen Hof Den Haag geeft in een recente uitspraak enige inhoud aan het opzetcriterium.²⁴⁴ Ook in deze zaak concludeerde het hof dat de koper onvoldoende had gesteld voor een geslaagd beroep op artikel 7:23 lid 3 BW. Het hof

240. Voor kleurloos opzet is bewustheid van de overtreding van de wettelijke verplichting niet vereist. Voldoende is dat het opzet gericht is op de in de delictomschrijving opgenomen bestanddelen. De Hoge Raad heeft al in het arrest HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314 (Kleurloos opzet) al geoordeeld dat opzet in het strafrecht in zijn algemeenheid niet op het overtreden van het verbod behoeft te zijn gericht.

241. Zoekresultaat op basis van de combinatie van de zoektermen ‘7:23’, ‘opzet’ en ‘verkoper’.

242. Rb. Zwolle 28 januari 2004, *ECLI:NL:RBZWO:2004:AO4124*.

243. Hof ‘s-Hertogenbosch 3 oktober 2006, *ECLI:NL:GHSHE:2006:AY9456*; Rb. Rotterdam 11 september 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:7102*; Hof ‘s-Hertogenbosch 19 mei 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:1787*.

244. Hof Den Haag 5 februari 2019, *ECLI:NL:GHDHA:2019:362*.

overwoog dat de koper geen concrete en specifieke omstandigheden had gesteld die, indien bewezen, tot de conclusie zouden kunnen leiden dat de verkoper de gebreken 'doelbewust' voor de koper verborgen had gehouden en/of hem op enigerlei wijze had afgehouden van het instellen van de vordering. De bevindingen zijn weergegeven in tabel 3.7.

Tabel 3.7

	Totaal aantal uitspraken	Geen inzicht in betekenis opzet	Criterium doelbewust/ desbewust
Opzet ex artikel 7:23 lid 3 BW	5 (100%)	3 (60%)	2 (40%)

3.8.3 *Opzet van derden in verband met risicoaansprakelijkheid (art. 6:178 sub e BW)*

Artikel 6:178 sub e BW houdt verband met risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, zoals geregeld in artikelen 6:175-177 BW. Op grond van artikel 6:178 sub e BW bestaat geen aansprakelijkheid als de schade het gevolg is van het handelen van een derde, geschied met het opzet schade te veroorzaken.

Het onderzoek naar opzet in de zin van artikel 6:178 sub e BW heeft tot nog minder bevindingen geleid dan het onderzoek naar artikel 7:23 lid 3 BW. Over de toepassing van dit criterium is geen rechtspraak beschikbaar, noch van de Hoge Raad, noch van lagere instanties. Ook de aandacht in de parlementaire geschiedenis voor het criterium is beperkt. Hieruit kan alleen worden afgeleid dat het criterium overeenkomt met artikel III lid 2 sub b van het Internationaal Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie 1992.²⁴⁵ De uitleg van het criterium kan hier echter niet uit worden afgeleid.

3.9 CONCLUSIE

3.9.1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk is onderzoek verricht naar privaatrechtelijke schuldbegrippen die in hoofdstuk 1 voor vergelijking met het arbeidsrecht zijn geselecteerd. De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond was hoe de privaatrechtelijke schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht naar de huidige stand van het positieve recht worden uitgelegd en welke ratio aan deze begrippen ten grondslag ligt. Evenals in hoofdstuk 2 is per begrip onderzoek gedaan naar de historische achtergrond, de parlementaire geschiedenis en de uitleg en toepassing van de schuldbegrippen in de juris-

245. *Kamerstukken II 1988/89, 21 202, 3, p. 56.*

prudentie. Voordat in paragraaf 3.9.8 wordt overgegaan tot een overkoepelende conclusie, worden hieronder eerst de bevindingen per schuldbegrip samengevat.

3.9.2 *Opzet of roekeloosheid in het verzekeringsrecht*

Vanaf 1 januari 2006 bepaalt artikel 7:952 BW dat een verzekeraar niet gehouden is dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of roekeloosheid. Voorheen werd binnen het verzekeringsrecht ook het begrip merkelijke schuld gebruikt. De Hoge Raad heeft over het begrip merkelijke schuld geoordeeld dat hiervan sprake is als het gaat om een gedraging die naar objectieve maatstaven een zodanig *aanmerkelijke kans* op schade met zich brengt, dat de betrokken verzekerde zich van dat gevaar bewust had behoren te zijn. Volgens de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:952 BW wordt merkelijke schuld in 'ernst' voorbijgestreefd door grove schuld, dat synoniem is aan het begrip roekeloosheid in artikel 7:952 BW. Grove schuld en roekeloosheid zijn een 'in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld'. Noch de Hoge Raad, noch de wetgever heeft aan het criterium 'in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld' een concretere invulling gegeven. Wel is duidelijk dat voor roekeloosheid niet vereist is dat de verzekerde zich van het gevaar van zijn handelen bewust is geweest. Het volstaat dat de verzekerde zich van het risicovolle karakter van zijn gedraging bewust *had moeten* zijn.

Het opzetbegrip omvat in het verzekeringsrecht dezelfde schakeringen die ook in het strafrecht worden gehanteerd, te weten: opzet als oogmerk, opzet als zekerheidsbewustzijn en voorwaardelijk opzet. Het laatstgenoemde criterium vormt de ondergrens van het opzetbegrip. Hiervan is sprake als de actor bewust de *aanmerkelijke kans* op het intreden van een bepaald gevolg heeft aanvaard. In het strafrecht wordt de 'aanmerkelijke kans' kwantitatief uitgelegd, wat betekent dat sprake moet zijn van een naar objectieve maatstaven reële (niet denkbeeldige) mogelijkheid. De bewuste aanvaarding van de *aanmerkelijke kans* kan uit objectieve feiten en omstandigheden worden afgeleid. De wetgever heeft aangegeven dat hoewel het opzetbegrip in het verzekeringsrecht verwant is aan het opzetbegrip in het strafrecht, de specifieke invulling van schuldbegrippen telkens afhankelijk van het rechtsgebied waar zij worden gehanteerd. Hoewel een vergelijking op het niveau van de abstracte definitie van (voorwaardelijk) mogelijk is, valt een verdergaande vergelijking in concreto niet te maken.

Aangezien de Hoge Raad zich nog niet over de uitleg van de begrippen opzet en roekeloosheid in artikel 7:952 BW heeft uitgelaten, moet daarvoor worden teruggefallen op lagere rechtspraak. Bij het onderzoek naar de lagere rechtspraak is gebleken dat in de praktijk regelmatig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om in positieve of negatieve zin van de wet af te wijken. Als gevolg hiervan is lagere rechtspraak over het wettelijke criterium opzet of roekeloosheid beperkt voorhan-

den. Uit de rechtspraak die wel voorhanden is, blijkt dat het criterium in de praktijk – overeenkomstig de wens van de wetgever – streng en objectief wordt uitgelegd.

De ratio die ten grondslag ligt aan het criterium opzet of roekeloosheid uit artikel 7:952 BW houdt in dat een balans is aangebracht tussen enerzijds de verplichting van de verzekerde om zich als ‘goed huisvader’ te gedragen en anderzijds het belang van de verzekerde dat een schadeverzekering dekking biedt voor schade die voortvloeit uit ‘risico’s van alledag’. Onder ‘risico’s van alledag’ vallen ook normale gevallen van onvoorzichtigheid, nalatigheid en gebrek aan controle van de verzekerde. Opzet of roekeloosheid wordt echter zodanig in strijd geacht met de verplichting van de verzekerde om zich als goed huisvader te gedragen, dat de verzekeraar in redelijkheid niet gehouden is de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. Aangezien het criterium van regelend recht is, geldt het niet als morele ondergrens. Die grens is pas bereikt als de schade het gevolg is van opzet, niet zijnde voorwaardelijk opzet.

3.9.3 *Opzet of bewuste roekeloosheid in vervoersrecht*

Met de inwerkingtreding van Boek 8 Nieuw BW is binnen het vervoersrecht op een groot aantal plaatsen het criterium ‘hetzij met opzet, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’ (opzet of bewuste roekeloosheid) geïntroduceerd. Dit criterium verving het daarvoor gebruikte criterium ‘grove schuld’. Het oude criterium werd in de rechtspraak objectief uitgelegd. Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever niet heeft beoogd het criterium inhoudelijk te wijzigen.

Desondanks heeft de Hoge Raad in de 5-januari-arresten een veel striktere uitleg gegeven aan het criterium bewuste roekeloosheid. Deze uitleg houdt in dat pas sprake is van bewuste roekeloosheid als de betrokkene het aan zijn gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden. Deze formulering is in latere rechtspraak meermaals herhaald. Het opzetcriterium is door de Hoge Raad niet ingevuld, zodat vooralsnog onduidelijk is waar de grens ligt tussen opzet en bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht.

Uit de formulering van de Hoge Raad kunnen drie cumulatieve vereisten worden gedestilleerd. In de eerste plaats moet sprake zijn van een aan de gedraging verbonden risico dat zo reëel is, dat kan worden gezegd dat de kans op schade aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft (de zogenoemde ‘drempelvoorwaarde’). Dit is een zuiver objectief criterium. Met behulp van kansrekening en aan

de hand van ervaringsregels moet worden vastgesteld of aan dit criterium is voldaan. Het tweede criterium houdt in dat de betrokkene zich bewust is van het grote risico dat aan zijn gedraging verbonden is. Dit is een subjectief criterium dat niet kan worden geobjectiveerd. Met andere woorden: de bewustheid moet in concreto worden vastgesteld. Het is niet voldoende om aan de hand van feiten en omstandigheden vast te stellen dat de betrokkene zich wel bewust *moet zijn geweest*. Het derde vereiste houdt in dat de betrokkene zich niet door deze bewustheid van zijn gedraging heeft laten weerhouden.

In de lagere rechtspraak wordt dit criterium conform de lijn van de Hoge Raad toegepast. In de praktijk leidt dit echter niet vaak tot het aanleggen van een subjectieve toets. De omstandigheid dat naast het bewustheidsvereiste een zeer streng objectief criterium geldt, heeft tot gevolg dat een objectieve toets in de meeste gevallen volstaat om het beroep van de ladingbelanghebbende op bewuste roekeloosheid af te wijzen. Dit betekent dat een beroep op opzet of bewuste roekeloosheid in de praktijk zelden slaagt. Een ruime meerderheid van de gevallen sneuvelt namelijk al bij de drempelvoorwaarde.

De ratio die ten grondslag ligt aan de regeling rondom beperking van aansprakelijkheid in het vervoersrecht is gebaseerd op de volgende argumenten:

- 1) Het systeem van beperkte aansprakelijkheid is eenvoudig, duidelijk en praktisch bruikbaar.
- 2) De vervoerder wordt niet blootgesteld aan (voor hem onbekende) buitensporige risico's, die niet in verhouding staan tot de vergoeding voor de door de vervoerder geleverde prestatie.
- 3) Kleine fouten en verzuimen – die haast onvermijdelijk zijn – kunnen niet leiden tot een buitensporige omvang van aansprakelijkheid.
- 4) Het risico van de vervoerder is verzekeraar.

3.9.4 *Opzet of bewuste roekeloosheid in verband met het regresrecht van uitkeringsinstanties op werkgevers en collega-werknemers*

Diverse socialezekerheidswetten scheppen voor uitvoeringsinstanties de mogelijkheid om de krachtens de betreffende wet gemaakte kosten te verhalen op een derde, die in verband met deze kosten jegens de uitkeringsgerechtigde naar burgerlijk recht aansprakelijk is en tot schadevergoeding jegens hem gehouden is. Tegenover een aansprakelijke werkgever of collega-werknemer heeft de uitvoeringsinstantie alleen de mogelijkheid van regres, als de door de uitvoeringsinstantie gemaakte kosten het gevolg zijn van opzet of bewuste roekeloosheid van de aansprakelijke werkgever of collega-werknemer.

De parlementaire geschiedenis biedt weinig houvast voor de invulling van het criterium. De wetgever heeft aangegeven dat het criterium ergens tussen opzet en grove schuld in ligt, zonder toe te lichten wat in deze context onder opzet of grove schuld moet worden verstaan.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is een ontwikkeling waar te nemen van een meer subjectieve uitleg naar een meer objectieve uitleg. Het opzetcriterium is nog niet door de Hoge Raad van een uitleg voorzien. Voor bewuste roekeloosheid gold eerst wel een bewustheidsvereiste, maar sinds het arrest *Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid* is dat niet langer het geval. Volgens de Hoge Raad moet sprake zijn van een aan de leiding van de onderneming te wijten, falende organisatie binnen de onderneming van de werkgever, welke van dien aard is dat deze als opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever valt aan te merken. De trend in de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt in de lagere rechtspraak gevolgd. Hoewel in oudere rechtspraak een subjectief criterium werd gehanteerd, wordt in latere rechtspraak – zeker sinds het arrest *Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid* – een objectief criterium gehanteerd.

Wat betreft de beperking van de mogelijkheid van regres op de werkgever is de ratio die aan opzet of bewuste roekeloosheid ten grondslag ligt dat de werkgever zelf bijdraagt aan de premies. Daarmee heeft de werkgever bepaalde risico's – waaronder het risico van regres – overgedragen aan de uitkeringsinstantie. De werkgever moet ten aanzien van de uitkeringen die door de uitkeringsinstantie aan de uitkeringsgerechtigde worden verstrekt, geacht worden te zijn mede-verzekerd. De beperking van de regresmogelijkheid op een collega-werknemer is gestoeld op een andere ratio. Voor die groep speelden de volgende argumenten een rol:

- 1) Bedrijfsongevallen kunnen nu eenmaal gemakkelijk plaatsvinden. De uitkeringsinstantie behoort daarom de normale bedrijfsrisico's te dragen, die het gevolg zijn van normale schuld, geen opzet of bewuste roekeloosheid.
- 2) Het werd door de wetgever onwenselijk en onbillijk geacht dat de collega-werknemer hiervan het risico zou moeten dragen en zich aanvullend zou moeten verzekeren.
- 3) Een regresmogelijkheid op een collega-werknemer zou de arbeidsverhoudingen kunnen verstoren.

3.9.5 *Opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht*

In zakelijke contracten is het vrij gebruikelijk om de aansprakelijkheid van een van de partijen te beperken of uit te sluiten. Contractuele beperkingen van aansprakelijkheid zijn in beginsel mogelijk. Dit is anders in het geval moet worden

geoordeeld dat de exoneration in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De vraag of een exonerationclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is, is afhankelijk van tal van omstandigheden. Daartoe behoren onder andere de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest. Ook het verzekeringsaspect weegt mee bij de aanvaardbaarheidstoets.

In de jurisprudentie heeft zich een gezichtspuntencatalogus ontwikkeld, aan de hand waarvan de onaanvaardbaarheid van een exonerationbeding moet worden beoordeeld. Een van de gezichtspunten betreft de zwaarte van de schuld bij de schuldenaar. Verder heeft de Hoge Raad in het arrest Stein/Driessen de subregel geformuleerd dat een exonerationbeding in het algemeen onaanvaardbaar zal zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen. De Hoge Raad heeft aan bewuste roekeloosheid als bedoeld in het arrest Stein/Driessen nadere invulling gegeven in het arrest Telfort/Scaramea. Uit dit arrest blijkt dat ook sprake kan zijn van opzet of bewuste roekeloosheid, zonder dat komt vast te staan dat er daadwerkelijk sprake was van bewustheid van het risico op schade. Het criterium wordt dus geobjectiveerd of genormativeerd uitgelegd. Daarbij wordt in de rechtspraak niet of nauwelijks onderscheidt gemaakt tussen opzet en bewuste roekeloosheid.

De lagere rechtspraak blijkt verdeeld over de invulling van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht. Hoewel in de meerderheid van de uitspraken een objectief criterium wordt gehanteerd, hanteert ook een substantieel deel van de rechters een subjectief criterium. De rechtspraak is zoekende naar een duidelijk toetsingskader, maar vooralsnog ontbreekt dat in het geheel. Dit alles geeft een tamelijk troebel beeld van de wijze waarop het criterium opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht in de lagere rechtspraak wordt toegepast.

3.9.6 *Opzet of bewuste roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht*

De Hoge Raad heeft ten aanzien van verkeersongevallen tussen gemotoriseerd verkeer enerzijds en ongemotoriseerd verkeer (voetgangers en fietsers) anderzijds een bijzondere regel geformuleerd met betrekking tot de toepassing van artikel 6:101 BW. Deze regel houdt in dat bij een verkeersongeval tussen een gemotoriseerde verkeersdeelnemer en een ongemotoriseerde verkeersdeelnemer – behoudens een beroep op overmacht – ten minste 50% van de schade voor rekening komt van de

gemotoriseerde verkeersdeelnemer, ook als de aan de ongemotoriseerde verkeersdeelnemer toe te rekenen 'eigen schuld' minder dan 50% bedraagt. Ten aanzien van verkeersdeelnemers die de leeftijd van 14 jaar nog niet hebben bereikt, geldt zelfs de regel dat in beginsel 100% van de schade voor rekening komt van de gemotoriseerde verkeersdeelnemer. Deze regels worden de 100%- en 50%-regels genoemd.

De 100%- en 50%-regels kunnen volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad alleen worden doorbroken als bij de ongemotoriseerde verkeersdeelnemer sprake was van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid. De Hoge Raad heeft in het Pesti-arrest invulling gegeven aan dit criterium. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat voor aan opzet grenzende roekeloosheid in beginsel bewustheid van het gevaar bij het slachtoffer vereist is. Voor het bewijs van opzet kan de aansprakelijk-gestelde partij echter volstaan met het bewijs van feiten en omstandigheden waar-uit die bewustheid bij een voetganger of fietser mag worden afgeleid. Daarmee heeft de Hoge Raad aangegeven dat de bewustheid geobjectiveerd moet worden vastgesteld. Over de uitleg van het criterium is nauwelijks lagere rechtspraak beschikbaar, zodat ten aanzien van de toepassing in de lagere rechtspraak geen betrouwbare conclusies kunnen worden getrokken.

Wat betreft de ratio die aan de 100%- en 50% regels ten grondslag ligt geldt dat deze regels de door de Hoge Raad voorgeschreven billijkheidsverdeling inhouden. Deze billijkheidsverdeling is gestoeld op de volgende argumenten:

- 1) Voetgangers en fietsers zijn bijzonder kwetsbaar in het verkeer.
- 2) De gevolgen van een verkeersongeval zijn voor deze groep bijzonder ernstig.
- 3) Voor deze schade bestaat een verplichte verzekering.

3.9.7 *Ernstig verwijt in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*

Met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid moet een onderscheid worden gemaakt tussen interne aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW en externe aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW. Interne bestuurdersaansprakelijkheid houdt verband met behoorlijke taakvervulling van de bestuurder tegenover de rechtspersoon. Externe bestuurdersaansprakelijkheid heeft betrekking op de zorgvuldigheid die een bestuurder in acht moet nemen jegens derden.

Ten aanzien van beide varianten van bestuurdersaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de lat voor persoonlijke aansprakelijkheid ligt bij het criterium 'ernstig verwijt'. Wanneer is voldaan aan deze maatstaf moet bij interne bestuurdersaansprakelijkheid worden beoordeeld aan de hand van de gezichtspunten-catalogus uit het arrest Staleman/Van der Ven. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechts-

persoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Daarnaast zijn ook de overige omstandigheden van het geval van belang. Wanneer is voldaan aan de genoemde maatstaf in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad niet verwoord in een gezichtspuntencatalogus, maar aan de hand van voorbeelden. Daarbij maakt de Hoge Raad de uitdrukkelijke kanttekening dat de mogelijkheid van externe aansprakelijkheid niet tot de genoemde voorbeelden beperkt is. Dit onderstreept het casuïstische karakter van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit casuïstische karakter wordt bevestigd door de wijze waarop het criterium 'ernstig verwijt' in de lagere rechtspraak wordt toegepast.

De ratio die aan de maatstaf 'ernstig verwijt' ten grondslag ligt is bij interne bestuurdersaansprakelijkheid dat met een hoge drempel voor aansprakelijkheid wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Voor externe aansprakelijkheid geldt hetzelfde argument, zij het dat de Hoge Raad daaraan heeft toegevoegd dat een hoge drempel tevens wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en in beginsel dus alleen de vennootschap door een benadeelde zou moeten kunnen worden aangesproken. We zien dus dat deze argumenten geheel zijn toegespitst op het rechtspersonenrecht en de bijzondere positie die de bestuurder in dat verband inneemt.

3.9.8 *Eindconclusie*

Op basis van de bevindingen uit dit hoofdstuk moet worden geconcludeerd dat, hoewel de onderzochte begrippen verwant zijn aan de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht, geen van de begrippen op dezelfde wijze wordt uitgelegd als in het arbeidsrecht. Sterker nog: ook onderling bestaan er grote verschillen in de wijze waarop de onderzochte begrippen worden uitgelegd. Bovendien heeft de uitleg van de onderzochte schuldbegrippen zich vooral gericht op (bewuste) roekeloosheid of aan opzet grenzende schuld. Het opzetcriterium is – net als in het arbeidsrecht – sterk onderbelicht gebleven.

Uit de parlementaire geschiedenis kunnen vaker niet dan wel duidelijke aanknopingspunten worden afgeleid voor de uitleg van schuldbegrippen. Het criterium opzet of roekeloosheid is het enige criterium waaraan in de parlementaire geschiedenis wel veel aandacht is geschonken. Juist over dit criterium heeft de Hoge Raad

zich nog niet uitgelaten. Als in de parlementaire geschiedenis al iets is opgemerkt over de uitleg van een schuldbegrip – zoals bij opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht en opzet of bewuste roekeloosheid in verband met regres – wordt dat door de Hoge Raad niet als leidraad gebruikt voor de uitleg van het betreffende begrip. In het algemeen geldt dat de Hoge Raad niet onderbouwt waar de specifieke uitleg van het schuldbegrip in kwestie vandaan komt en waar het op is gebaseerd. Evenmin maakt de Hoge Raad duidelijk hoe de door hem voorgeschreven uitleg zich verhoudt tot de uitleg van (terminologisch nauw verwante) begrippen in andere rechtsgebieden. Hierdoor ontstaat de indruk van een zekere willekeur. Dat heeft bovendien tot gevolg dat de lagere rechtspraak in sommige gevallen zoekende is naar duidelijke handvatten en criteria door elkaar worden gehaald. Dit is duidelijk te zien bij de uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht.

De onderzoeksvraag die in dit proefschrift centraal staat, luidt of de uitleg van de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht intern consistent is met vergelijkbare begrippen buiten het arbeidsrecht. In hoofdstukken twee en drie zijn de eerste stappen gezet om tot de beantwoording van de onderzoeksvraag te komen. In hoofdstuk 2 is uiteengezet wat de historische en juridische achtergrond is van de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Ook is op basis van de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie uiteengezet hoe deze begrippen naar de huidige stand van het positieve recht moeten worden uitgelegd. Voorts is beschreven welke ratio aan deze begrippen ten grondslag ligt. Dit stramien is steeds per regeling waarin de begrippen voorkomen afzonderlijk gevolgd (opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW, artikelen 7:661/6:170 BW en artikel 7:611 BW en opzet in artikel 7:629 BW). In het eerste hoofdstuk is eerst beoordeeld welke schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht in aanmerking komen voor een vergelijking met de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid.¹ Na deze afbakening is in hoofdstuk 3 – volgens hetzelfde stramien als in hoofdstuk 2 – per schuldbegrip afzonderlijk een beschrijving gegeven van de historische en juridische achtergrond, de uitleg van de schuldbegrippen naar de huidige stand van het positieve recht en de ratio van de schuldbegrippen.

In het voorliggende hoofdstuk zullen de bevindingen uit hoofdstukken 2 en 3 met elkaar worden geconfronteerd. Het doel is om aan de hand van drie gezichtspunten – namelijk ‘terminologie’, ‘ratio’ en ‘type rechtssubject’ – te beoordelen of de uitleg van de in hoofdstuk 2 onderzochte arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid intern consistent is met de in hoofdstuk 3 onderzochte schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht. Die interne (in)consistentie zal aan de hand van het volgende toetsingskader worden beoordeeld:

1. De daarvoor gebruikte methode is omschreven in paragraaf 1.3.3.

- i. Er is een aanwijzing voor consistentie, wanneer bij dezelfde terminologie, dezelfde ratio en/of hetzelfde type rechtssubject aan het schuldbegrip dezelfde uitleg wordt gegeven.
- ii. Er is een aanwijzing voor inconsistentie, wanneer bij dezelfde terminologie, dezelfde ratio en/of hetzelfde type rechtssubject aan het schuldbegrip een andere uitleg wordt gegeven.
- iii. Naarmate de terminologie, de ratio of het type rechtssubject meer van elkaar verschillen, is minder snel sprake van inconsistentie, als de uitleg van de schuldbegrippen van elkaar verschilt.
- iv. Naarmate de terminologie, de ratio of het type rechtssubject meer met elkaar overeenkomen, zal bij een verschillende uitleg van de schuldbegrippen sneller sprake zijn van inconsistentie.

Bovendien geldt dat naarmate er bij begrippen buiten het arbeidsrecht *onderling* sprake is van minder consistentie (aan de hand van bovenstaande aanwijzingen), minder snel sprake zal zijn van een inconsistente uitleg van de arbeidsrechtelijke begrippen. In dat geval kan hooguit worden gesproken van 'consistente inconsistentie'.

Om dit toetsingskader te kunnen doorlopen, moet eerst worden beoordeeld welke schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht qua uitleg dicht(er) bij het arbeidsrecht staan en welke schuldbegrippen daar verder vanaf staan. Daarna zal per gezichtspunt moeten worden geanalyseerd welke schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht qua terminologie, respectievelijk ratio en type rechtssubject dicht(er) bij het arbeidsrecht staan en bij welke schuldbegrippen deze kenmerken verder van het arbeidsrecht afstaan. Nadat ook dit in kaart is gebracht, kan het bovenstaande toetsingskader per gezichtspunt worden doorlopen.

Het voorliggende hoofdstuk wordt als volgt opgebouwd. In paragraaf 4.2 wordt een vergelijking gemaakt tussen de arbeidsrechtelijke begrippencombinatie (opzet of) bewuste roekeloosheid en vergelijkbare schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht. In paragraaf 4.2.1 wordt een vergelijking gemaakt aan de hand van de uitleg – dat wil zeggen: betekenis – van de onderzochte schuldbegrippen. In de daaropvolgende paragrafen 4.2.2 t/m 4.2.4 wordt achtereenvolgens een vergelijking gemaakt aan de hand van de gezichtspunten 'terminologie', 'ratio' en 'type rechtssubject'. Per gezichtspunt zal eerst in kaart worden gebracht bij welke schuldbegrippen deze kenmerken dicht(er) bij het arbeidsrecht staan en bij welke begrippen deze kenmerken verder van het arbeidsrecht af staan. Daarna wordt – aan de hand van het hiervoor weergegeven toetsingskader – per gezichtspunt beoordeeld hoe deze bevindingen zich verhouden tot de in paragraaf 4.2.1 gemaakte vergelijking op basis van begripsuitleg. In paragraaf 4.3 wordt hetzelfde stramien gevolgd voor het begrip 'opzet'. Daarna wordt in paragraaf 4.4 afgesloten met een conclusie.

Het in hoofdstuk 3 verrichte onderzoek naar de begrippen ‘opzet of grove schuld’ als bedoeld in artikel 7:757 lid 1 BW en ‘grove schuld’ als bedoeld in artikel 139 lid 3 Wetboek van Koophandel heeft onvoldoende onderzoeksresultaten opgeleverd. Om die reden kan in dit hoofdstuk geen vergelijking worden gemaakt met (opzet of) bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Deze schuldbegrippen zullen in dit hoofdstuk dan ook niet meer aan de orde komen. Ten aanzien van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ wordt voorts opgemerkt dat de bespreking van dat criterium zal worden beperkt tot alleen ‘bewuste roekeloosheid’. De reden hiervoor is dat over ‘opzet’ als afzonderlijk criterium (als onderdeel van de combinatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’) zo goed als niets bekend is. Hetzelfde geldt voor de in hoofdstuk 3 onderzochte schuldbegrippen, die opzet combineren met een ander schuldbegrip. De uitzondering hierop vormt ‘opzet of roekeloosheid’, als bedoeld in artikel 7:952 BW. De betekenis van opzet als afzonderlijk criterium in artikel 7:952 BW zal daarom worden betrokken bij de bespreking van opzet in paragraaf 4.3.

4.2 BEWUSTE ROEKELOOSHEID

4.2.1 *Vergelijking aan de hand van begripsuitleg*

Voordat hierna een vergelijking wordt gemaakt aan de hand van begripsuitleg, moet eerst duidelijk worden gemaakt wat in deze paragraaf onder ‘begripsuitleg’ wordt verstaan. Met *begrripsuitleg* wordt bedoeld: de betekenis (of definitie) die de wetgever of Hoge Raad aan een bepaald schuldbegrip heeft gegeven. Dit moet worden onderscheiden van de gehanteerde ‘terminologie’ (de ‘T’ in TRT-toets). Met ‘terminologie’ wordt namelijk het gebruikte schuld*begrip* bedoeld. Dat wil zeggen: het in de wet of jurisprudentie gehanteerde begrip waaraan met de gehanteerde begripsuitleg betekenis wordt gegeven.

In deze paragraaf wordt eerst de begripsuitleg van de diverse onderzochte schuldbegrippen vergeleken, om vervolgens in paragraaf 4.3 te onderzoeken hoe de (verschillen in) gehanteerde terminologie zich verhoud(t)(en) tot de geconstateerde (verschillen in) begripsuitleg. Die wijze van beoordeling wordt daarna ook gehanteerd bij de gezichtspunten ‘ratio’ (paragraaf 4.4) en ‘type rechtssubject’ (paragraaf 4.5).

Bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht

In hoofdstuk 2 is uiteengezet dat bewuste roekeloosheid door de Hoge Raad in het arbeidsrecht steeds op dezelfde wijze is uitgelegd, ongeacht de context waarin het begrip wordt gehanteerd. Deze uitleg volgt uit de arresten Pollemans/Hoondert

en Maasman/Akzo Nobel.² Uit Pollemans/Hoondert volgt dat eerst van bewuste roekeloosheid sprake is, als de werknemer tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging zich van het roekeloze karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is geweest. Voorts volgt uit het arrest Maasman/Akzo Nobel dat bij bewuste roekeloosheid sprake moet zijn van een zodanig gevaarlijke gedraging, dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk realiseerde dat hij zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar had behoren te onthouden.

Uit deze uitleg van de Hoge Raad in de voornoemde arresten volgt dat sprake is van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht, als is voldaan aan de volgende cumulatieve vereisten:

- i) Er is sprake van een aanmerkelijke kans op schade.
- ii) De werknemer is zich direct voorafgaand aan zijn gedraging van deze aanmerkelijke kans daadwerkelijk bewust geweest.
- iii) De werknemer had zich in verband met de aanmerkelijke kans op schade van zijn gedraging moeten onthouden en heeft dat niet gedaan.

Wanneer de arbeidsrechtelijke uitleg van bewuste roekeloosheid wordt vergeleken met de uitleg van de in hoofdstuk 3 onderzochte schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht, kom ik tot de volgende conclusies.

Opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht en aan opzet grenzende roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht

Het dichtst bij de uitleg van bewuste roekeloosheid uit het arbeidsrecht komen de begrippen 'opzet of bewuste roekeloosheid' uit het vervoersrecht ('opzet de schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien') en 'aan opzet grenzende roekeloosheid' uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht. Voor beide schuldbegrippen geldt dat – net als in het arbeidsrecht – sprake moet zijn van een onvoorzichtige gedraging. Bij bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht wordt voor de kwalificatie van deze onvoorzichtigheid de term 'roekeloos' gebruikt. Deze term komt zowel terug in het begrip 'aan opzet grenzende roekeloosheid' als in het begrip 'roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien'. Wordt de uitleg van deze 'roekeloosheid' nader beschouwd, dan blijken de begrippen echter wel te verschillen.

2. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert); HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel).

De uitleg van roekeloosheid

Voor bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht moet sprake zijn van een ‘aanmerkelijke kans’ dat een met de gedraging in het leven geroepen gevaar zich verwezenlijkt. Van bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht is pas sprake als de ‘kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren’.³ In paragraaf 3.3.4 is uiteengezet dat dit vereiste door A-G Strikwerda is omschreven als de ‘drempelvoorwaarde’. Het betreft een objectief element. Beslis-send is of het gestelde gedrag in de gegeven omstandigheden gevaarlijk is en of de kans dat het gevaar zich in de gegeven omstandigheden zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan 50%. Het is niet duidelijk hoe dit criterium zich verhoudt tot een ‘aanmerkelijke kans’ op schade.

De eerste vraag die zich aandient is of de aanmerkelijke kans *kwantitatief* of *kwalitatief* moet worden vastgesteld.⁴ Een kwantitatieve aanmerkelijke kans houdt in dat de kans naar objectieve maatstaven wordt vastgesteld. In paragraaf 3.3.4 is uiteen-gezet dat de drempelvoorwaarde in het vervoersrecht een zuiver objectief crite-rium is. Met behulp van kansrekening en aan de hand van ervaringsregels moet worden vastgesteld of sprake is van een kans op schade die aanzienlijk groter is dan 50%. Het is echter ook denkbaar dat met aanmerkelijke kans in het arbeids-recht een *kwalitatief* begrip wordt bedoeld. Dit zou betekenen dat de vraag of de kans geldt als ‘aanmerkelijk’ niet moet worden beantwoord aan de hand van objec-tieve maatstaven, maar dat doorslaggevend is of op basis van normatieve overwe-gingen kan worden gesteld dat die kans ethisch of maatschappelijk onaanvaard-baar is.⁵ De aanvaardbaarheid van de kans wordt bij een kwalitatieve benadering in grote mate bepaald door de inhoud van het te beschermen rechtsbelang. Hoe zwaarder het beschermde rechtsbelang weegt, des te beperkter zullen de eisen zijn die aan het genomen risico worden gesteld. Gelet op het normatieve karakter van een kwalitatieve benadering, geeft de aanmerkelijke kans bovendien ruimte voor een afweging van *wederzijdse* fouten. Het antwoord op de vraag of de onvoorzich-tige gedraging als roekeloos kan worden gekenmerkt, hangt dan af van de wijze waarop de gedraging van de werknemer zich verhoudt tot de gedraging van de werkgever.

In hoofdstuk 2 is uiteengezet dat voor de kwalificatie van een gedraging als ‘grove schuld’ in de zin van artikel 1638x BW (oud) een afweging van *wederzijdse fouten* vereist was.⁶ Volgens de Hoge Raad was van belang hoe de gedraging van de

3. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391 (Overbeek/Cigna) en NJ 2001, 392, m.nt. Haak (Van der Graaf/ Philip Morris).

4. Zie over het onderscheid tussen een kwalitatieve en kwantitatieve benadering paragraaf 3.2.3.

5. F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2009, p. 328-329. Zie over het onderscheid tussen een kwalitatieve en kwantitatieve benadering paragraaf 3.2.3.

6. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81, m.nt. Scholten (Heesters/Schenkelaars).

werknemer zich verhiel tot de (omvang en de mate van schending van) de zorgplicht door de werkgever. Van grove schuld in de zin van artikel 1638x BW (oud) kon worden gesproken als – rekening houdend met alle omstandigheden van het geval – de schuld van de werknemer zo ernstig was, dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn zorgplicht in het niet viel. Deze ‘relativiteit’ van het begrip grove schuld duidt niet op een objectieve/kwantitatieve, maar juist op een kwalitatieve uitleg. De relativiteit van het begrip grove schuld kwam immers neer op een afweging van wederzijdse ‘fouten’. Naarmate de zorgplicht van de werkgever meer omvattend was en de tekortkoming daarin ernstiger, zou er meer ‘schuld’ gevonden moeten worden aan de zijde van de werknemer, voordat sprake kon zijn van grove schuld.⁷

Laagland heeft betoogd dat een vergelijkbare benadering mogelijk is ten aanzien van bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:661 BW. Zij meent dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van opzettelijk of bewust roekeloos gedrag van de werknemer, een eventuele tekortkoming van de werkgever zelf een element kan vormen.⁸ Begrijp ik Laagland goed, dan baseert zij haar betoog op de stelling dat deze beoordelingswijze al in het systeem van artikel 7:658 lid 2 BW is verweven. De vraag of sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid komt alleen aan de orde als vaststaat dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden. Uit de aan artikel 7:658 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte vloeit voort dat de werkgever in een dergelijke situatie niet te snel aan aansprakelijkheid moet kunnen ontkomen, zodat een beperkte uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid gewenst is. Dat ligt anders bij artikel 7:661 BW, omdat daar niet per definitie sprake is van een tekortkoming van de werkgever zelf. Het *ontbreken* van een tekortkoming van de werkgever maakt het naar de mening van Laagland verdedigbaar dat de toetsing van het criterium opzet of bewuste roekeloosheid minder zwaar uitvalt. Volgens haar staat niets eraan in de weg om de feitelijke invulling en motivering van het criterium toe te spitsen op de systematiek van de desbetreffende bepaling.

Zelf interpreteer ik de uitleg die de Hoge Raad aan het element ‘roekeloze gedraging’ heeft gegeven zo, dat daarmee een kwantitatief begrip wordt bedoeld. Ik leid dat in de eerste plaats af uit het feit dat de ‘relatieve’ benadering van grove schuld uit het arrest Heesters/Schenkelaars in de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad over bewuste roekeloosheid niet valt terug te lezen. Dat is in het licht van de gewijzigde systematiek van artikel 7:658 BW goed te verklaren. Dat ‘grote schuld’ een ‘relatieve’ uitleg heeft gekregen, was in het licht van de systematiek van artikel

7. Vgl. H.J. van Zwam, ‘De gehaaste textielwerker’, *SMA* 1984/4, p. 239 en L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Kluwer: Deventer 1988, p. 294.

8. F.G. Laagland, ‘Opzet en bewuste roekeloosheid als begrenzing voor werknemersaansprakelijkheid’, *NTBR* 2015/6, p. 43-45.

1638x BW (oud) niet onlogisch. Aan de vraag of de schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van de werknemer was te wijten, werd namelijk pas toegekomen als vast was komen te staan dát de werkgever zijn zorgplicht had geschonden. De bewijslast hiervan rustte op de werknemer. De systematiek van artikel 7:658 BW wijkt hiervan af, omdat de bewijslast van zowel de nakoming van de zorgplicht als de aanwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid op de werkgever rust. Dit betekent dat de werkgever twee *afzonderlijke* mogelijkheden heeft om aan aansprakelijkheid te ontkomen, die niet per definitie in elkaars verlengde liggen.⁹ Het verweer van de werkgever dat sprake is van bewuste roekeloosheid kan dus ook worden gevoerd, zonder dat de vraag of de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden aan de orde komt. Laat staan dat aan de orde moet komen in welke mate de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden. De omstandigheid dat aan het eigenschuldverweer een zelfstandige positie toekomt, vraagt om een toets die in alle gevallen – dus ook als een eventuele wanprestatie van de werkgever niet aan de orde komt – aan de beschermingsdoelstelling van het criterium bewuste roekeloosheid tegemoetkomt. Dat het mogelijk moet zijn om het ‘roekeloze karakter’ van de gedraging vast te stellen, zonder dat eerst (de ernst van) de wanprestatie van de werkgever moet worden vastgesteld, betekent dat voor het vaststellen van de roekeloze gedraging een zelfstandige toets nodig is. Deze argumenten pleiten naar mijn mening voor een objectieve/kwantitatieve invulling van het ‘roekeloze karakter’ van de gedraging.

Omdat de hiervoor genoemde argumenten vooral aan artikel 7:658 BW zijn ontleend, dient zich vervolgens de vraag aan of voor bewuste roekeloosheid in artikelen 6:170 BW en 7:661 BW een andere benadering mogelijk is. Mijn conclusie luidt dat dit niet het geval is. De Hoge Raad heeft in het arrest *City Tax/De Boer* duidelijk gemaakt dat bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW en artikel 7:661 BW op dezelfde wijze moet worden uitgelegd. In dat oordeel lees ik niet de vrijheid om de roekeloze gedraging in het kader van de eerstgenoemde bepaling kwantitatief en in het kader van de laatstgenoemde bepaling kwalitatief uit te leg-

9. Ik ben het dan ook niet eens met Laagland, waar zij stelt dat bij de toepassing van artikel 7:658 lid 2 BW vaststaat dat de werkgever zijn zorgplicht jegens de werknemer niet is nagekomen, maar die tekortkoming hem niet wordt aangerekend als de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld. Deze benadering gaat voorbij aan de gescheidenheid van de verweren binnen het systeem van artikel 7:658 lid 2 BW. Dat de nakoming van de zorgplicht en de eigen schuld van de werknemer twee gescheiden verweren zijn volgt bovendien uit HR 24 juni 2011, *JAR* 2011/192, m.nt. Barentsen (Dombrowski/V.O.F. Hulsing-Huppermans).

gen. Ik leid hieruit af dat de aanmerkelijke kans als vereiste voor bewuste roekeloosheid in alle gevallen objectief/kwantitatief moet worden uitgelegd.¹⁰

Daarmee is nog niet gezegd dat de kwantitatieve maatstaf die de Hoge Raad voorschrijft in het kader van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht gelijk is aan de kwantitatieve maatstaf uit het vervoersrecht. Met het criterium 'aanmerkelijke kans' lijkt een beduidend minder grote 'kans' te zijn bedoeld dan met het criterium '*de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken is aanzienlijk groter dan de kans dat dit niet zal gebeuren*'. Wat wel onder aanmerkelijke kans moet worden verstaan heeft de Hoge Raad vooralsnog niet duidelijk gemaakt. In paragraaf 3.2.3 is uiteengezet dat het criterium 'aanmerkelijke kans' ook een vereiste is voor het strafrechtelijke begrip voorwaardelijk opzet. Ook aan dat vereiste heeft de Hoge Raad een kwantitatieve uitleg gegeven. Zonder een exacte kansgrootte te benoemen (bijvoorbeeld in de vorm van een percentage), heeft de Hoge Raad de aanmerkelijke kans in het kader van voorwaardelijk opzet uitgelegd als een 'in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid'. Daarmee is hetzelfde bedoeld als een 'geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans'.¹¹ Taalkundig sluit die omschrijving – ook in het arbeidsrecht – goed aan bij de term 'aanmerkelijke kans'.

Ook voor het criterium 'aan opzet grenzende roekeloosheid' uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht is een risicovolle gedraging vereist. In het Pesti-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld welke oordelen in het in cassatie bestreden arrest van het hof *besloten lagen*. Hoewel het hof deze bewoordingen zelf niet heeft gekozen, leidt de Hoge Raad onder andere uit het bestreden arrest af, dat de voetganger in kwestie zich volgens het hof bewust moet zijn geweest van 'het zeer aanzienlijke gevaar' van een aanrijding.¹² Dit 'ingelesen' oordeel van het hof gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip aan opzet grenzende roekeloosheid. Het is de vraag hoe het criterium 'zeer aanzienlijk gevaar' zich verhoudt tot het criterium 'aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het met de gedraging in het leven geroepen gevaar'. Tussen beide criteria lijkt weinig licht te zitten, zij het dat het criterium 'zeer aanzienlijk gevaar' in taalkundig opzicht uitdrukking lijkt te geven aan een iets grotere risicograad dan 'aanmerkelijke kans'.

10. Overigens ben ik van mening dat de mogelijkheid om in het kader van artikel 7:661 BW rekening te houden met het *ontbreken* van een tekortkoming van de werkgever, zodat de toetsing van het begrip opzet of bewuste roekeloosheid minder zwaar uitvalt, verder zou gaan dan – zoals Laagland stelt – de feitelijke invulling en motivering van het criterium toespitsen op de systematiek van de desbetreffende bepaling. Die mogelijkheid zou een nieuw element toevoegen aan de toetsingsmaatstaf.

11. HR 29 mei 2018, *ECLI:NL:HR:2018:718*.

12. HR 30 maart 2007, *NJ 2008*, 64, m.nt. Hartlief (Pesti).

Het bewustheidsvereiste

Het tweede vereiste van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht houdt in dat de werknemer zich daadwerkelijk bewust moet zijn geweest van zijn roekeloze gedraging. Ook hier vertonen bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht en aan opzet grenzende roekeloosheid uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht overeenkomsten met het arbeidsrecht. Op dit vlak staat bewuste roekeloosheid uit het vervoersrecht het dichtst bij het arbeidsrecht. Voor het vervoersrecht geldt namelijk – net als voor het arbeidsrecht – dat moet komen vast te staan dat sprake is geweest van *daadwerkelijke* bewustheid van het genomen risico.

Dit volgt duidelijk uit het arrest Overbeek/Cigna.¹³ Een van de onderdelen van het cassatiemiddel richtte zich tegen het oordeel in het bestreden arrest dat de chauffeur ‘moet hebben geweten althans behoren te begrijpen dat de kans op diefstal zeer aanzienlijk was’. De Hoge Raad oordeelde dat het hof hiermee een verkeerde maatstaf had gehanteerd:

“Indien gezegd kan worden dat de chauffeur heeft moeten weten of behoren begrijpen dat de kans dat de container zou worden gestolen groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren, dan ligt daarin immers besloten dat hij zich daarvan in concreto niet bewust was.”

De crux zit in de woorden ‘in concreto’. Uit het oordeel van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat een bewustheid *in concreto* zich niet verdraagt met de conclusie dat de chauffeur ‘heeft moeten weten’ of ‘behoren te begrijpen’. Het hof had die conclusie getrokken op basis van de omstandigheden dat er van enige beveiliging noch met betrekking tot de vrachtwagencombinatie zelf, noch ten aanzien van het industrieterrein sprake was en de chauffeur wist dat hij diefstalgevoelige goederen vervoerde. Op basis van deze objectieve omstandigheden werd de bewustheid van het risico als het ware aan de chauffeur *toegerekend*. Door te oordelen dat het hof had moeten vaststellen dat de chauffeur zich in concreto bewust was van de kans op diefstal van de vracht, maakte de Hoge Raad duidelijk dat voor bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht niet kan worden volstaan met een dergelijke toerekening.

Een vergelijkbaar oordeel is te lezen in het arbeidsrechtelijke arrest Maasman/Akzo Nobel.¹⁴ In die zaak had de werknemer nagelaten zijn autogordel om te doen. Het hof had in het bestreden arrest geoordeeld dat dit bewuste roekeloosheid opleverde, omdat het *“een feit van algemene bekendheid is dat het dragen van een gordel tijdens het autorijden het ontstaan van letsel kan voorkomen of in ieder geval het letsel kan verminderen”*. Daar kwam bij dat het dragen van een autogordel wettelijk

13. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391 (Overbeek/Cigna).

14. HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel).

verplicht is gesteld. Gelet op zijn stellingen was de werknemer hiervan op de hoogte, maar had hij desondanks een bewuste keuze gemaakt voor het niet dragen van een gordel. In cassatie werd geklaagd dat het hof weliswaar was uitgegaan van de juiste maatstaf (de maatstaf uit het arrest Pollemans/Hoondert), maar deze maatstaf verkeerd had toegepast. Het hof had de bewustheid van de werknemer 'geobjectiveerd'. De Hoge Raad oordeelde dat deze klacht gegrond was:

"De klacht in onderdeel 2.2.1 dat het hof de maatstaf van bewuste roekeloosheid heeft "geobjectiveerd" en niet heeft vastgesteld dat Maasman zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van de roekeloosheid van zijn gedrag, is gegrond. Het hof heeft immers miskend dat het feit dat Maasman, hoewel hij op de hoogte was van de daaraan verbonden risico's, "een bewuste keuze heeft gemaakt voor het niet dragen van een gordel", niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat sprake is geweest van een zodanig gevaarlijke gedraging dat Maasman onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk beseft dat hij zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar (van het oplopen van letsel bij een aanrijding) had behoren te onthouden."

De Hoge Raad maakt duidelijk dat sprake moet zijn van een daadwerkelijke bewustheid. Objectivering of toerekening van bewustheid is niet mogelijk.¹⁵ Daarmee verschillen bewuste roekeloosheid uit het vervoersrecht en het arbeidsrecht van aan opzet grenzende roekeloosheid uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht. De Hoge Raad heeft in het Pesti-arrest over aan opzet grenzende roekeloosheid geoordeeld dat daarvoor in beginsel bewustheid van het gevaar bij het slachtoffer is vereist. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat de aansprakelijkgestelde partij voor het bewijs van die bewustheid *"kan volstaan met het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid bij een voetganger of fietser vanaf de leeftijd van 14 jaar mag worden afgeleid"*.

15. Zo oordeelde de Hoge Raad ook in het arrest HR 30 september 2016, NJ 2017/141, m.nt. Vranken (Qnow). De Hoge Raad heeft zich in dit arrest nader uitgelaten over de maatstaf uit het arrest HR 4 december 2009, NJ 2011, 131, m.nt. Vranken (Greenworld). In het laatstgenoemde arrest heeft de Hoge Raad, in zekere mate naar analogie van artikel 42 Wvra, geoordeeld dat arbiters alleen persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld als zij 'opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'. In het Qnow-arrest moest de Hoge Raad antwoord geven op de vraag of sprake was van een 'kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'. De Hoge Raad oordeelde over dit criterium als volgt: *"Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat de maatstaf of is gehandeld met 'kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt' (hierna ook: grof plichtsverzuim) uitgaat van een lichtere graad van verwijtbaarheid dan de maatstaf 'opzet of bewuste roekeloosheid', maar dat niettemin ook in eerstgenoemde maatstaf de nadruk erop ligt dat de betrokken arbiter een ernstig persoonlijk verwijt van zijn handelen of nalaten kan worden gemaakt, zij het dat die verwijtbaarheid in zekere mate is geobjectiveerd. Of een arbiter dit (geobjectiveerde) verwijt kan worden gemaakt, hangt af van de omstandigheden van het geval."* A contrario moet uit dit oordeel worden afgeleid dat verwijtbaarheid bij opzet of bewuste roekeloosheid niet in zekere mate is geobjectiveerd.

Op zichzelf houdt de constatering dat bewustheid kan worden afgeleid ‘uit feiten en omstandigheden’ geen afwijking in van het bewustheidsvereiste in het arbeidsrecht en het vervoersrecht. Ook is logisch dat de stelplicht en bewijslast van de aansprakelijkgestelde partij beperkt zijn tot de feiten en omstandigheden waaruit de bewustheid kan worden afgeleid. Het is echter de vraag wát uit de betreffende feiten en omstandigheden moet kunnen worden afgeleid, om te kunnen concluderen dat sprake is van de vereiste bewustheid. Hierover oordeelde de Hoge Raad in het Pesti-arrest als volgt:

“In het oordeel van het hof (rov. 3.7) dat P. wist of had moeten weten dat automobilisten hem, in zijn overwegend donkere kleding over de weg lopende, met een zodanige snelheid konden naderen dat zij hem niet meer konden ontwijken op het moment dat zij hem redelijkerwijs zouden kunnen waarnemen, en dat daarbij niet van belang is of dat roekeloze gedrag is veroorzaakt of mede veroorzaakt door een overmatig alcoholgebruik aangezien ook dat aan P. is toe te rekenen, ligt besloten het oordeel (a) dat P. gelet op zijn gedragingen en de verder door het hof in aanmerking genomen feiten en omstandigheden (zie hiervoor onder 3.1) zich bewust moet zijn geweest van het zeer aanzienlijke gevaar van een aanrijding door een auto dat hij door zijn gedrag in het leven riep, (b) dat P. zich desondanks niet van dat gedrag heeft laten weerhouden, zodat zijn gedrag moet worden aangemerkt als (aan opzet grenzende) roekeloosheid, en (c) dat de omstandigheid dat P. onder invloed was van alcoholhoudende drank aan een en ander niet kan afdoen omdat die omstandigheid – ook in het licht van de strekking van de 50%-regel – aan hem was toe te rekenen.

Dat oordeel geeft in het licht van het hiervoor onder 4.2 overwogene geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip aan opzet grenzende roekeloosheid, zodat de rechtsklachten van de onderdelen I en II falen.”

In het bovenstaande oordeel zit de sleutel in de woorden ‘wist of had moeten weten’, hetgeen de Hoge Raad leest als: ‘zich bewust moet zijn geweest’. Uit deze overweging blijkt dat waar de Hoge Raad het heeft over het ‘afleiden’ van bewustheid uit feiten en omstandigheden, hij in feite bedoelt dat ‘daadwerkelijke’ bewustheid niet is vereist. Kennelijk is voldoende dat sprake is van feiten en omstandigheden op grond waarvan het gerechtvaardigd is om bewustheid aan de betrokkene toe te rekenen.

Roekeloosheid in het verzekeringsrecht

Verder verwijderd van de uitleg van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht is de uitleg van roekeloosheid in artikel 7:952 BW. De uitleg van de begrippen kent één sterke overeenkomst, namelijk dat zowel voor bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht als roekeloosheid in het verzekeringsrecht een risicovolle gedraging vereist is.

Zoals uiteengezet in paragraaf 3.2.1 werd voorheen binnen het verzekeringsrecht het begrip ‘merkelijke schuld’ gebruikt. De Hoge Raad heeft over het begrip merkelijke schuld geoordeeld dat hiervan sprake is als het gaat om een gedraging die naar objectieve maatstaven een zodanig *aanmerkelijke kans* op schade met zich brengt, dat de betrokken verzekerde zich van dat gevaar bewust had behoren te zijn.¹⁶ In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:952 BW heeft de wetgever in relatie tot het begrip ‘roekeloosheid’ eveneens gesproken over een ‘aanmerkelijke kans’ op schade:

“In geval van onbewuste roekeloosheid is de verzekerde zich niet bewust geweest van de aanmerkelijke kans op schade die het gevolg van zijn handeling kan zijn, maar had zich hier wel bewust van behoren te zijn. In dat geval kan de verzekerde worden verweten dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke schadelijke gevolgen van zijn handelen. (...) Het is daarbij in beginsel aan de verzekeraar om te bewijzen dat de schade door roekeloosheid is veroorzaakt. Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419. Dit betekent dat de verzekeraar de uit de gedraging voortvloeiende aanmerkelijke kans op schade moet bewijzen, evenals het feit dat de verzekerde zich hier ook bewust van had moeten zijn.”¹⁷

Aangezien ook voor merkelijke schuld een ‘aanmerkelijke kans’ op schade vereist was, valt deze passage overigens moeilijk te rijmen met de opmerking elders in de parlementaire geschiedenis, dat grove schuld merkelijke schuld in ‘ernst’ overtreft.¹⁸ Betekent dit dat met ‘aanmerkelijke kans’ in het kader van roekeloosheid iets anders bedoeld is dan met ‘aanmerkelijke kans’ in het kader van merkelijke schuld? Zoals hierna wordt toegelicht, lijkt dat niet het geval.

Grove schuld en roekeloosheid moesten volgens de wetgever worden beschouwd als synoniemen: met beide begrippen werd bedoeld op een ‘in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld’.¹⁹ De Hoge Raad, noch de wetgever heeft aan het criterium ‘in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld’ een concretere invulling gegeven. Wel heeft de wetgever opgemerkt dat met roekeloosheid in de zin van artikel 7:952 BW, net als met roekeloosheid in het strafrecht, een zeer hoge schuldgraad wordt bedoeld. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat roekeloosheid in het strafrecht en in het verzekeringsrecht naar de mate van hun ‘ernst’ vergelijkbare begrippen vormen. In het strafrecht wordt roekeloosheid uitgelegd als een ‘buitengewoon onvoorzichtige gedraging’ waardoor een ‘zeer ernstig gevaar’ in het leven is geroepen.²⁰ Dat criterium lijkt in taalkundig opzicht vergelijkbaar met het ‘zeer

16. HR 4 april 2003, NJ 2004, 536 (Amev/Meyerink).

17. *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 13.

18. *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 12. Vgl. I. Haazen, ‘Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek’, *WPNR* 2004/6569, p 193-198 en *WPNR* 2004/6570, p. 209-214.

19. *Kamerstukken II*, 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 25; *Kamerstukken II*, 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 31; *Kamerstukken I*, 2004/05, 19 529, B, p. 19. Vgl. HR 12 maart 1954, NJ 1955, 386 (Codam/Merwede).

20. HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 27, m.nt. Keijzer en van dezelfde datum NJ 2014, 28 en NJ 2014, 29.

aanzienlijke gevaar' de 'aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het met de gedraging in het leven geroepen gevaar' uit respectievelijk het verkeersaansprakelijkheidsrecht en het arbeidsrecht.

Mijn interpretatie van dit alles is dat de wetgever zich met de opmerking dat roekeloosheid merkelijke schuld in ernst voorbijstreeft, onvoldoende bewust is geweest van het genuanceerde onderscheid tussen de verschillende 'risicogradaties'. In de betreffende passage onderschrijft de wetgever weliswaar de door Haazen geschetste hiërarchie van schuldbegrippen, maar lijkt zich daarbij vooral te hebben gefocust op de vraag of de verzekerde wetenschap heeft gehad van de risico's van zijn handelen.²¹ De omstandigheid dat de wetgever op dezelfde pagina van de Nadere memorie van antwoord in relatie tot roekeloosheid al spreekt over een 'aanmerkelijke kans', onderschrijft deze interpretatie. Mijn conclusie is dan ook dat de voor roekeloosheid ex artikel 7:952 BW vereiste risicograad niet wezenlijk afwijkt van de risicograad die vereist is voor bewuste roekeloosheid uit het arbeidsrecht en aan opzet grenzende roekeloosheid uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht.

Ten aanzien van de bewustheid van het genomen risico wijkt de uitleg van het begrip roekeloosheid wel wezenlijk af van bewuste roekeloosheid uit het arbeidsrecht. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis meermaals benadrukt dat voor het criterium roekeloosheid geen bewustheidsvereiste geldt. Daarvan kan volgens de wetgever ook sprake zijn, indien de dader zich niet bewust was van de schade die zijn handeling kon meebrengen. In geval van onbewuste roekeloosheid is de verzekerde zich niet bewust geweest van de aanmerkelijke kans op schade die het gevolg van zijn handeling kan zijn, maar had zich hier wel bewust van behoren te zijn.²² Overigens sluit de definitie van roekeloosheid ook op dit punt aan op de uitleg die de Hoge Raad in het arrest Amev/Meyerink aan merkelijke schuld heeft gegeven. Volgens de Hoge Raad was immers van merkelijke schuld sprake als het gaat om een gedraging die, al is de verzekerde zich daarvan niet bewust, naar objectieve maatstaven een zodanig aanmerkelijke kans op schade met zich brengt dat de betrokken verzekerde zich van dat gevaar bewust had behoren te zijn.

Opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van het regresrecht en het contractenrecht

De uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid in het regresrecht en het contractenrecht is verder van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht verwijderd. Voor beide criteria heeft de Hoge Raad – anders dan bij alle hiervoor besproken schuld-

21. *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 13.

22. *Kamerstukken II*, 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 25 en *Kamerstukken I* 2005/06, 19 529, E, p. 13.

begrippen – geen kwantitatieve risicogradatie voorgeschreven. Evenmin heeft de Hoge Raad een bewustheidsvereiste gesteld.

In paragraaf 3.4.3 is uiteengezet dat de uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van het regresrecht in de loop der jaren is gewijzigd. Waar voorheen wel een bewustheidsvereiste gold, is momenteel vereist dat de schade van de uitkeringsinstantie in overwegende mate het gevolg is van een aan de leiding van de onderneming te wijten, falende organisatie van de bewuste, risicovolle, werkzaamheden binnen de onderneming van de werkgever. Deze falende organisatie moet van dien aard zijn, dat deze als opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever valt aan te merken.²³ Hoe moet worden getoetst of sprake is van een dergelijke falende organisatie heeft de Hoge Raad open gelaten. De Hoge Raad lijkt de nadere inkleuring van dat criterium, gezien de verwevenheid met de feiten, aan de feitenrechter te hebben overgelaten. Dat betekent ook dat de kwalificatie van ‘falende organisatie’ uit een veelheid aan omstandigheden kan worden afgeleid, waarmee het criterium opzet of bewuste roekeloosheid een sterk casuïstisch karakter heeft gekregen.

Overigens is het criterium ‘falende organisatie’ geheel toegespitst op opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever. Het criterium is niet bruikbaar als de vraag aan de orde is of sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van een collega-werknemer. Dit roept de vraag op of voor opzet of bewuste roekeloosheid van een collega-werknemer een vergelijkbaar – meer op de werknemer toegespitst – criterium geldt. Het is namelijk ook goed denkbaar dat voor collega-werknemers de arbeidsrechtelijke uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid geldt. De Hoge Raad heeft zich hierover tot op heden niet uitgelaten.

Ook opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht lijkt een sterk casuïstisch karakter te hebben. Uit het arrest Telfort/Scaramea lijkt te moeten worden afgeleid dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, als het handelen van de betrokken onderneming dusdanig verwijtbaar is, dat uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.²⁴

Ernstige verwijtbaarheid in het kader van bestuurdersaansprakelijkheidsrecht

Het verst verwijderd van de uitleg van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht is de uitleg van het criterium ‘ernstig verwijt’ in het kader van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. Niet alleen ontbreekt als vereiste een kwantitatieve

23. HR 27 november 2009, JAR 2010/16 (Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid).

24. HR 5 september 2008, NJ 2008, 480 (Telfort/Scaramea).

risicograad, ook is niet vereist dat sprake is subjectieve bewustheid van een aan de gedraging verbonden gevaar.

Daar komt bij dat de uitleg van de ernstigverwijtmaatstaf in de jurisprudentie van de Hoge Raad zeer specifiek is toegespitst op het leerstuk van onzorgvuldig bestuur. Uit het arrest Staleman/Van der Ven volgt dat voor de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

4.2.2 *Vergelijking aan de hand van terminologie*

Een terminologische hiërarchie

Wanneer uitsluitend wordt gelet op de mate waarin begrippen in terminologisch opzicht overeenkomen met de begrippencombinatie 'opzet of bewuste roekeloosheid' uit het arbeidsrecht, kom ik tot de volgende hiërarchie (van meeste overeenkomst tot minste overeenkomst).

- A. opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in het regresrecht;
opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in het contractenrecht;
- B. opzet de schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien, als bedoeld in het vervoersrecht;
- C. opzet of roekeloosheid als bedoeld in het verzekeringsrecht;
aan opzet grenzende roekeloosheid als bedoeld in het verkeersaansprakelijkheidsrecht;
- D. ernstig verwijt in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid.

De meeste overeenkomst vertonen de 'opzet of bewuste roekeloosheid' in het kader van het regresrecht in socialezekerheidswetgeving en in het contractenrecht. Van deze schuldbegeerten heeft opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van het regresrecht in sociale- en volksverzekeringswetgeving een hogere klassering ontvangen, omdat de terminologie niet alleen overeenkomt met de arbeidsrechtelijke terminologie; uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de arbeidsrechtelijke

terminologie zelfs ontleend is aan de in de WAO en Ziektewet gehanteerde terminologie.²⁵

Na opzet of bewuste roekeloosheid volgen de schuldbegrippen 'opzet de schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien' uit het vervoersrecht, 'opzet of roekeloosheid' ex artikel 7:952 BW en 'aan opzet grenzende schuld' uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht. Het eerstgenoemde begrip ligt het dichtst bij de arbeidsrechtelijke terminologie, omdat de component 'met de wetenschap dat' duidt op een psychisch element. Het psychische element ontbreekt bij 'opzet of roekeloosheid' en 'aan opzet grenzende roekeloosheid'. Deze twee begrippen liggen terminologisch dicht bij elkaar.

Een bijzondere categorie vormt het begrip 'ernstig verwijt' in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid. Daar staat tegenover dat het criterium 'ernstig verwijt' terminologisch aansluit bij het criterium dat door de Hoge Raad werd gehanteerd in de arresten Debrot en Posthumus/Terpstra.²⁶ In paragraaf 2.3.1 is uiteengezet dat deze arresten aan de basis lagen van artikelen 6:170 lid 3 BW en 7:661 BW. Daar staat tegenover dat in het Nieuw BW een omslag heeft plaatsgevonden naar de begrippen 'opzet of (bewuste) roekeloosheid'. Het criterium 'ernstig verwijt' is hierin niet meegegaan. Mijn conclusie is daarom dat het criterium 'ernstig verwijt' in terminologisch opzicht nog weinig verwantschap heeft met (opzet of) bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en daarom van alle onderzochte schuldbegrippen het verst daarvan afstaat.²⁷

Verhouding tot de uitleg van de schuldbegrippen

Zoals is uiteengezet in hoofdstuk 1, wordt de interne consistentie op basis van terminologie aan de hand van het volgende toetsingsschema beoordeeld:

- i. Er is een aanwijzing voor consistentie als bij gelijke terminologie een gelijke uitleg wordt gegeven.
- ii. Er is een aanwijzing voor inconsistentie als bij gelijke terminologie een andere uitleg wordt gegeven.
- iii. Naarmate de terminologie meer afwijkt, zal bij een afwijkende uitleg minder snel sprake zijn van inconsistentie.

25. Zie F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1053. Zie hiervoor paragraaf 2.2.2.

26. HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 m.nt. Stein (Debrot); HR 3 april 1987, NJ 1987, 606 (Posthumus/Terpstra).

27. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat, hoewel Westenbroek op overtuigende wijze heeft betoogd dat het criterium 'ernstig verwijt' van de arresten Debrot en Posthumus/Terpstra is afgeleid (zie paragraaf 3.7.1), de Hoge Raad zelf in relatie tot bestuurdersaansprakelijkheid nooit naar deze arresten heeft verwezen.

- iv. Naarmate de terminologie meer overeenkomt, zal bij een afwijkende uitleg sneller sprake zijn van inconsistentie.

Toetsing op basis van dit schema leidt tot de volgende inzichten:

- i. In de eerste plaats kan niet worden gezegd dat aan schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht met dezelfde terminologie (opzet of bewuste roekeloosheid) dezelfde uitleg is gegeven. Zoals uiteengezet kennen alleen opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht en het regresrecht precies dezelfde terminologie. De uitleg van deze begrippen wijkt sterkt af van de uitleg van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Dit levert dus geen aanwijzing op voor consistentie.
- ii. Omgekeerd levert de afwijkende uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht en het regresrecht ten opzichte van het arbeidsrecht een aanwijzing op voor inconsistentie.
- iii. Het begrip dat terminologisch het meest afwijkt van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht is het criterium 'ernstig verwijt' in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit begrip staat ook qua uitleg het verst af van het arbeidsrecht. In zoverre levert dit een contra-indicatie op voor inconsistentie. Tegelijk staat een ander begrip dat in terminologisch opzicht nogal sterk afwijkt van het arbeidsrecht, namelijk aan opzet grenzende schuld in het verkeersaansprakelijkheidsrecht, qua uitleg juist weer dicht bij het arbeidsrecht. Dit levert dus weer een indicatie op voor inconsistentie.
- iv. Aangezien de uitleg van de schuldbegrippen die terminologisch het meest verwant zijn aan bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht (opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht en het regresrecht), qua uitleg juist sterk hiervan afwijken, levert dat een sterke aanwijzing op voor inconsistentie. Daar staat tegenover dat een begrip dat in terminologisch opzicht tamelijk dicht bij het arbeidsrecht staat, namelijk opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht, ook qua uitleg dicht bij het arbeidsrecht staat. Dit vormt een indicatie voor consistentie.

Deze inzichten leiden tot de conclusie dat er onvoldoende aanwijzingen zijn voor de slotsom dat de uitleg van bewuste roekeloosheid – in het arbeidsrecht en daarbuiten – kan worden verklaard aan de hand van de gebruikte terminologie. Het bovenstaande toetsingsmodel wijst eerder op het tegendeel. Voor de conclusie dat sprake is van interne inconsistentie van arbeidsrecht in verhouding tot schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht is echter meer vereist. Daarvoor is vereist dat er bij begrippen buiten het arbeidsrecht *onderling* sprake is van voldoende consistentie. Is die consistentie er niet, dan kan niet worden gezegd dat het arbeidsrecht in terminologisch opzicht inconsistent is met andere privaatrechtelijke begrippen. Er is dan hooguit sprake van 'consistente inconsistentie'. Ook is mogelijk dat het onderzochte gezichtspunt eenvoudigweg geen belangrijke factor vormt voor de uitleg

van schuldbegrippen. Met betrekking tot terminologie lijkt sprake te zijn van consistente inconsistentie. Niet alleen verschilt de terminologie van de schuldbegrippen onderling, ook de uitleg van deze begrippen verschilt wezenlijk, zonder dat hierin een duidelijk patroon kan worden ontdekt.

4.2.3 *Vergelijking aan de hand van ratio*

De functie van schuldbegrippen: beperkingen of uitzonderingen op beperkingen

Alle in hoofdstuk 2 en 3 onderzochte schuldbegrippen hebben met elkaar gemeen dat zij in een concreet geval zorgen voor ofwel een beperking, dan wel een uitzondering op een beperking. Voor het contractenrecht en het verzekeringsrecht leidt opzet of bewuste roekeloosheid respectievelijk opzet of roekeloosheid tot een beperking, namelijk een beperking op contractsvrijheid (het overeenkomen van exonerie) en een beperking op de verplichting tot vergoeding van schade. Voor het arbeidsrecht, het vervoersrecht, het regresrecht, het verkeersaansprakelijkheidsrecht en het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht geldt dat het betreffende schuldbegrip leidt tot een uitzondering op een beperking. In het arbeidsrecht leidt opzet of bewuste roekeloosheid tot een uitzondering op de beperking van de mogelijkheid van de werkgever om een eigenschuldverweer te voeren (artikel 7:658 BW), een uitzondering op de beperking van werknemersaansprakelijkheid (artikelen 7:661 en 6:170 lid 3 BW) en een uitzondering op de verzekeringsplicht (aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW). In het vervoersrecht leidt opzet of bewuste roekeloosheid tot een uitzondering op de beperking van aansprakelijkheid; in het verkeersaansprakelijkheidsrecht leidt aan opzet grenzende roekeloosheid tot een beperking van de mogelijkheid van de bestuurder van een motorvoertuig om een eigenschuldverweer te voeren; in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht leidt ernstige verwijtbaarheid tot een uitzondering op de beperking van de mogelijkheid om een bestuurder persoonlijk aansprakelijk te stellen en in het regresrecht leidt opzet of bewuste roekeloosheid tot een uitzondering op de beperking van het regresrecht op de werkgever en de collega-werknemer.²⁸

In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet dat de ratio's van de regelingen waarop het betreffende schuldbegrip een beperking of uitzondering vormt, per rechtsgebied/schuldbegrip verschillen. In het licht van de specifieke context van de regeling is toegelicht dat hiermee steeds de bijzondere belangen worden gediend van het rechtssubject waarop de regeling van toepassing is, zoals de werknemer, de vervoerder of de niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemer. Het schuldbegrip in kwestie geldt in alle gevallen als de grens van het moment waarop het beschermde rechtssubject de betreffende bescherming verliest. Of anders gezegd:

28. Voor artikel 6:107a BW geldt overigens dat bij opzet of bewuste roekeloosheid sprake is van een beperking op het regresrecht van de werkgever op de collega-werknemer.

in die gevallen zijn de te beschermen belangen van het rechtssubject van onvoldoende gewicht om nog de doorslag te kunnen geven. De belangen van het andere betrokken rechtssubject (werkgever, ladingbelanghebbende, gemotoriseerde verkeersdeelnemer, etc.) wegen in dat geval zwaarder. Om die reden hebben de onderzochte schuldbegrippen – in meer of mindere mate – met elkaar gemeen dat zij moreel geladen zijn, zij het dat het morele ‘omslagpunt’ per schuldbegrip kennelijk verschilt.

In het kader van dit onderzoek roept dat de vraag op in hoeverre de onderzochte ratio’s overeenkomen, dan wel verschillen van de ratio’s van de arbeidsrechtelijke schuldbegrippen. Welke ratio’s staan dicht bij het arbeidsrecht en welke staan daar verder van af?

De ratio van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht

In hoofdstuk 2 is toegelicht dat de bepalingen uit het arbeidsrecht waarin het criterium opzet of bewuste roekeloosheid wordt gehanteerd, niet allemaal dezelfde ratio hebben. Daar is uiteengezet dat artikel 7:658 BW in de sleutel staat van de zorgplicht van de werkgever. Ten aanzien van de vraag wat in het kader van de zorgplicht van een werkgever mag worden verwacht, is de vaste lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad dat deze ruim moet worden uitgelegd. Omdat de werkgever het op de werkvloer voor het zeggen heeft, rust op hem een vergaande verplichting om zorg te dragen voor de veiligheid van zijn werknemers. Wat van de werkgever verlangd mag worden, moet steeds mede in het licht worden beoordeeld van het ‘ervaringsfeit’ dat werknemers bij de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen niet steeds alle voorzichtigheid in acht nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.²⁹ Met andere woorden: de verantwoordelijkheid om te voorkomen dat ongevallen uit dit ervaringsfeit voortvloeien, is grotendeels bij de werkgever neergelegd. Hij moet op hierop bedacht zijn bij het nemen van voorzorgsmaatregelen.

Met die gedachte strookt niet dat de werkgever op basis van de ‘eigen schuld’ van de werknemer al te gemakkelijk aan aansprakelijkheid kan ontkomen. De uit de zorgplicht voortvloeiende voorzorgsmaatregelen hadden immers de onzorgvuldigheid van de werknemer moeten ondervangen. In feite vormen de ruime uitleg van de zorgplicht en de strenge criteria die gelden voor een geslaagd eigenschuldverweer twee zijden van dezelfde medaille.

De ratio die ten grondslag ligt aan artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW is een iets andere. Ook in het kader van werknemersaansprakelijkheid speelt het hiervoor

29. Zie bijvoorbeeld HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, (Messaoudi/Hoechst); HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM); HR 11 november 2005, JAR 2005/287 (Bayar/Wijnen).

genoemde ervaringsfeit nadrukkelijk een rol.³⁰ Anders dan bij het leerstuk van werkgeversaansprakelijkheid staat deze ervaringsregel echter niet in de sleutel van een zorgplicht, maar van een risicoverdeling. In het licht van de ervaringsregel dat fouten door werknemers nu eenmaal gemakkelijk worden gemaakt, zal de werkgever voor lief moeten nemen dat hij bij tijd en wijle schade zal lijden die door werknemers wordt veroorzaakt. Buiten gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid zal hij deze schade niet op de werknemer kunnen verhalen, omdat hij hier zelf het risico van draagt. Zoals in paragraaf 2.3.1 uiteengezet, kan het antwoord op de vraag *waarom* het billijk is dat de werkgever het risico van deze schade in beginsel zelf draagt worden gevonden in het arresten De Bont/Zuid-Ooster en Posthumus-Terpstra.³¹ Die risicoverdeling is gebaseerd op de volgende argumenten:

- 1) De werknemer wordt door het verrichten van zijn werkzaamheden in een positie gedwongen, waarbij de kans op het veroorzaken van schade – gelet op de ‘ervaringsregel’ – groter is dan in normale gevallen.
- 2) Het is niet gebruikelijk dat werknemers zich verzekeren tegen schade veroorzaakt bij de werkgever in de uitoefening van de werkzaamheden.
- 3) De werknemer dient beschermd te worden, omdat de schade die uit zijn handelingen zou kunnen voortvloeien, in sommige situaties niet in verhouding staat tot het loon dat de werknemer verdient.

De ratio van de verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW is vergelijkbaar met de ratio van artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW. In paragraaf 2.4.3 is uiteengezet dat deze verzekeringsplicht is gebaseerd op de volgende argumenten:

- 1) Voor schade van de bestuurder van een motorvoertuig bestaat geen dekking onder een WA-verzekering.
- 2) De werknemer is verplicht om in het kader van de uitoefening van de werkzaamheden risico’s te nemen die inherent zijn aan deelneming aan het verkeer.
- 3) De gevaren van gemotoriseerd verkeer zijn goed verzekeraar.
- 4) Ook voor het gemotoriseerd verkeer geldt het ‘ervaringsfeit’ dat de dagelijkse deelname aan het verkeer, de verkeersdeelnemer licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.

Evenals de regeling in het kader van artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW is de verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW gestoeld op de gedachte, dat het niet billijk zou zijn als de werknemer de risico’s van de werkzaamheden respectievelijk de deelname aan het verkeer geheel zelf zou moeten dragen. In beide regelingen speelt het verzekeringselement een nadrukkelijke rol. Anders dan bij artikel

30. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, m.nt. Stein (Bruinsma/Schuitmaker).

31. HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551, m.nt. Rutten (De Bont/Zuid-Ooster); HR 3 april 1987, NJ 1987, 606 (Posthumus/Terpstra).

7:661 BW, leiden bovenstaande argumenten niet tot een volledige risicolast voor de werkgever, maar een zorgplicht voor het sluiten van een verzekering. De reden hiervoor lijkt te zijn dat de Hoge Raad de verzekeringsplicht heeft willen kenmerken als een verzwaarde *zorgplicht*, in aanvulling op de zorgplicht uit artikel 7:658 BW. Aangezien ook de zorgplicht uit artikel 7:658 BW niet een algemene waarborg beoogt te bieden, vloeit volgens de Hoge Raad uit het systeem van de wet voort dat ook op artikel 7:611 BW geen onbeperkte aansprakelijkheid voor de schade kan worden gegrond.³²

Gelet op de geconstateerde verschillen *binnen* het arbeidsrecht, kan geen algemene vergelijking worden gemaakt met de ratio's van schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht. Die vergelijking zal per bepaling afzonderlijk moeten worden gemaakt.

De 50%- en 100%-regel in het verkeersaansprakelijkheidsrecht: zorgplicht en bescherming
Het dichtst bij de regeling uit artikel 7:658 BW staat artikel 185 WVV en de 50%- en 100%-regel in het verkeersaansprakelijkheidsrecht. Beide regelingen hebben in de eerste plaats gemeen dat de stelplicht en bewijslast op dezelfde manier verdeeld is. Als de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden schade lijdt of als de voetganger of fietser bij een verkeersongeval met een motorvoertuig betrokken raakt, dan staat de aansprakelijkheid van de werkgever respectievelijk de eigenaar van het motorvoertuig in beginsel vast. Zij kunnen aan aansprakelijkheid ontkomen door een beroep te doen op de nakoming van de eigen zorgplicht respectievelijk overmacht. Daarnaast kunnen zij (gedeeltelijk) aan aansprakelijkheid ontkomen door een geslaagd beroep te doen op de eigen schuld van de werknemer respectievelijk de voetganger of fietser. Ook hebben de regelingen een vergelijkbare ratio. In paragraaf 3.6.3 is uiteengezet dat door de Hoge Raad de volgende argumenten ten grondslag zijn gelegd aan de billijkheidsverdeling:

- 1) Voetgangers en fietsers zijn bijzonder kwetsbaar in het verkeer.
- 2) De gevolgen van een verkeersongeval zijn voor deze groep bijzonder ernstig.
- 3) Voor deze schade bestaat een verplichte verzekering.

De regeling heeft met artikel 7:658 BW gemeen dat artikel 185 WVV als doel heeft om de bestuurder van een motorvoertuig ertoe te bewegen om extra beducht te zijn op de kwetsbaarheid van – in dit verband – voetgangers en fietsers in het verkeer. De bestuurder van een motorvoertuig zal ten aanzien van deze kwetsbare verkeersdeelnemers extra zorgvuldig moeten zijn. Dit is vergelijkbaar met de zorgplicht die op de werkgever rust en het uitgangspunt dat de werkgever bij de inachtneming van deze zorgplicht beducht zal moeten zijn op het 'ervaringsfeit'

32. HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel) en JAR 2008/57 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

dat werknemers bij de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen niet steeds alle voorzichtigheid in acht nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is. In het kader van artikel 7:658 BW resulteert dit 'ervaringsfeit' erin dat de zorgplicht van de werkgever ruim wordt uitgelegd. Ook de 'zorgplicht' die in het kader van artikel 185 WVV rust op de bestuurder van een motorvoertuig moet bijzonder ruim worden uitgelegd. Met betrekking tot de mogelijkheid van de bestuurder om een beroep te doen op overmacht resulteert dit in de regel dat een dergelijk beroep alleen kan slagen als de bestuurder ter zake van het ongeval geen enkel verwijt kan worden gemaakt.³³

Voor beide aansprakelijkheidsvormen geldt dat de ruime 'zorgplicht' niet kan worden gerijmd met de mogelijkheid voor de betrokkene om al te snel aan aansprakelijkheid te ontkomen met een beroep op de eigen schuld van de partij die bijzondere bescherming geniet. Het te verwachten gebrek aan zorgvuldigheid aan de zijde van de werknemer of de verkeersdeelnemer is als het ware in de zorgplicht versleuteld.

Het enige argument dat wel opgaat voor de regeling in het kader van artikel 185 WVV, maar niet voor artikel 7:658 BW, is het belang van de verzekering. Anders dan eigenaars van motorvoertuigen zijn werkgevers niet verplicht zich tegen aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen te verzekeren.

Grenzen aan beperking van aansprakelijkheid: risicotoebedeling aan de hand van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid

De ratio van artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW – en daarmee ook de ratio van de verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW – komt het meest overeen met de ratio van de regeling rondom (doorbreking van) beperking van aansprakelijkheid in het vervoersrecht. In paragraaf 3.3.5 is toegelicht dat de beperking van aansprakelijkheid is gebaseerd op de volgende argumenten:

- 1) Het systeem van beperkte aansprakelijkheid is eenvoudig, duidelijk en praktisch bruikbaar.
- 2) De vervoerder wordt niet blootgesteld aan (voor hem onbekende) buitensporige risico's, die niet in verhouding staan tot de vergoeding voor de door de vervoerder geleverde prestatie.
- 3) Kleine fouten en verzuimen – die haast onvermijdelijk zijn – kunnen niet leiden tot een buitensporige omvang van aansprakelijkheid.
- 4) Het risico van de vervoerder is verzekeraar.

33. HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482 (Frank van Holstein); HR 31 mei 1991, NJ 1991/721, m.nt. Brunner (De Backer/Van Uitregt); HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 (ABP/Winterthur).

Zowel in het kader van artikel 7:661 BW als in het vervoersrecht wordt allereerst van belang geacht dat de aard van de te leveren prestatie (arbeid respectievelijk vervoer) meebrengt dat kleine fouten en verzuimen haast onvermijdelijk zijn. De enkele uitvoering van de overeengekomen prestatie brengt dus met zich dat één van de partijen (de werknemer respectievelijk de vervoerder) een aanzienlijk risico van aansprakelijkheid over zich afroept. Daar komt bij – en ook dat geldt zowel voor het arbeidsrecht als het vervoersrecht – dat de betrokken partij niet vrij is om te bepalen welke risico-omvang hij bereid is te aanvaarden. Voor een werknemer geldt dat hij is onderworpen aan het gezag van de werkgever en hij uit dien hoofde in beginsel niet kan weigeren om bepaalde risico's te nemen. De vervoerder zal doorgaans onvoldoende op de hoogte zijn van de aard en de waarde van het door hem vervoerde goed. Overigens zou het ook maatschappelijk en economisch ongewenst zijn als de werknemer en de vervoerder hun bereidheid tot het sluiten van een arbeids- of vervoersovereenkomst al te veel zullen laten afhangen van hun aansprakelijkheidsrisico.

Ook hebben de werknemer en de vervoerder met elkaar gemeen dat zij er belang bij hebben dat hun aansprakelijkheidsrisico in verhouding staat tot de prestatie die de werkgever respectievelijk de ladingbelanghebbende levert uit hoofde van de gesloten overeenkomst: loon respectievelijk de bedongen prijs. Noch van de werknemer, noch van de vervoerder kan de bereidheid worden gevergd om grote financiële risico's te lopen in ruil voor een beperkte financiële tegenprestatie. Daar komt bij dat het ook hier maatschappelijk en economisch ongewenst zou zijn als de werknemer en de vervoerder bij het sluiten van een arbeids- of vervoersovereenkomst bij het bedingen van een tegenprestatie rekening moeten houden met de op hen rustende risico's. Dit zou een beletsel kunnen vormen bij de totstandkoming van deze overeenkomsten.

Tot slot hebben beide regelingen met elkaar gemeen dat de verzekeraar een belangrijke rol speelt. In het kader van artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW is van belang dat het niet gebruikelijk is dat de werknemer zich verzekert voor schade veroorzaakt in de uitoefening van de werkzaamheden. Voor de zeldzame gevallen waarin dat in de praktijk wel het geval is, bestaat de mogelijkheid om de regeling van artikel 7:661 BW contractueel uit te sluiten. Buiten gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid wordt het niet wenselijk geacht dat de werknemer het risico van aansprakelijkheid loopt, zonder voor dat risico verzekerd te zijn. Aan de werknemer kan in beginsel niet worden tegengeworpen dat hij zich niet voor eigen rekening heeft verzekerd, omdat de verschuldigde premies (doorgaans) niet in verhouding staan tot de hoogte van het loon. Een vergelijkbare benadering zien we in het vervoersrecht. De beperking van aansprakelijkheid leidt ertoe dat het aansprakelijkheidsrisico voor een premie kan worden verzekerd die in verhouding staat tot de hoogte van de door de vervoerder bedongen prijs.

Ook de ratio van de regeling in het contractenrecht met betrekking de aanvaardbaarheid van exoneratieclausules vertoont enige overeenkomsten met artikelen 7:661 BW, 6:170 BW en de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW. Met de ratio van artikel 7:658 BW heeft de regeling echter nauwelijks overeenkomsten. Zoals toegeelicht in paragraaf 3.5.1 is de vraag of een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is, is afhankelijk van tal van omstandigheden. Daartoe behoren onder andere de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.³⁴

Bovendien is in paragraaf 3.5.1 beschreven dat ook het verzekeringsaspect als belangrijke factor meeweegt bij de vraag of een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is. Daar werd uiteengezet dat uit 'de aard van de overeenkomst, verkeersopvattingen en de redelijkheid' kan voortvloeien dat het op de weg van één van de partijen ligt om zich tegen een bepaald risico te verzekeren. Daarbij kunnen de positie van partijen in het maatschappelijk verkeer, alsook de (dis)balans tussen de omvang van het risico en de waarde van de geleverde prestatie een rol spelen. Ten aanzien van exoneratieclausules kunnen deze omstandigheden meespelen bij de afweging of een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Als (morele) ondergrens geldt daarbij opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar. Met andere woorden: zelfs als een exoneratieclausule in de gegeven omstandigheden – in het licht de aard van de overeenkomst, verkeersopvattingen en de redelijkheid – in beginsel is toegelaten, kan schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid niet aan aansprakelijkheid worden onttrokken.

Het toetsingsmodel dat geldt voor exoneratieclausules vertoont de nodige overeenkomsten met de ratio die ten grondslag ligt aan de regeling ex artikel 7:661 BW (beperking van de aansprakelijkheid van de werknemer) en de beperking van aansprakelijkheid in het vervoersrecht. Gezegd kan worden dat 'de aard van de overeenkomst, verkeersopvattingen en de redelijkheid' bij de arbeidsovereenkomst en de vervoersovereenkomst met zich brengen dat het schaderisico bij de werkgever respectievelijk de vervoerder is neergelegd. Net als bij de toetsing van de aanvaardbaarheid van exoneratieclausules het geval kan zijn, spelen bij die risicotoekening de maatschappelijke posities van partijen, de (dis)balans tussen de ontvangen tegenprestatie en het daarvoor gelopen risico alsook het verzekeringsaspect een doorslaggevende rol. Zo bezien zijn de regelingen in artikel 7:661 BW en

34. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261, m.nt. Scholten (Saladin/HBU).

6:170 lid 3 BW en de regeling met betrekking tot beperking en doorbreking van aansprakelijkheid in het vervoersrecht, een in de wet verankerde standaarduitwerking van dezelfde toets. Ook in het arbeidsrecht en het vervoersrecht wordt opzet of bewuste roekeloosheid namelijk als morele grens gehanteerd, zij het dat de uitleg van dit criterium in de onderscheiden rechtsgebieden een andere is.

Overige schuldbegrippen

De ratio's van de regelingen in het verzekeringsrecht en het regresrecht staan verder van het arbeidsrecht af. Overigens vertonen deze regelingen onderling wel de nodige overeenkomsten. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.2.5 is met het criterium opzet of roekeloosheid uit artikel 7:952 BW een balans aangebracht tussen enerzijds de verplichting van de verzekerde om zich als 'goed huisvader' te gedragen en anderzijds het belang van de verzekerde dat een schadeverzekering dekking biedt voor schade die voortvloeit uit 'risico's van alledag'. Onder 'risico's van alledag' vallen ook normale gevallen van onvoorzichtigheid, nalatigheid en gebrek aan controle van de verzekerde. Opzet of roekeloosheid wordt echter zodanig in strijd geacht met de verplichting van de verzekerde om zich als goed huisvader te gedragen, dat de verzekeraar in redelijkheid niet gehouden is de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. Aangezien het criterium van regelend recht is, geldt het niet als morele ondergrens. Die grens is pas bereikt als de schade het gevolg is van opzet, niet zijnde voorwaardelijk opzet.

In paragraaf 3.4.4 is de ratio die ten grondslag ligt aan de beperking van het civiele regresrecht van uitkeringsinstanties op de werkgever uiteengezet. Deze ratio is dat de werkgever zelf bijdraagt aan de premie en daarmee bepaalde risico's – waaronder het risico van regres – heeft overgedragen aan de uitkeringsinstantie. Dit is vergelijkbaar met de situatie waarin een partij met een verzekeraar een verzekeringsovereenkomst sluit. In ruil voor premies draagt de verzekerde het risico van een verplichting tot betaling van een schadevergoeding over aan de verzekeraar en blijft daarbij gevrijwaard van het risico van regres van de verzekeraar op de verzekerde. Zo bezien moet de werkgever ten aanzien van de uitkeringen die door de uitkeringsinstantie aan de uitkeringsgerechtigde worden verstrekt, geacht worden te zijn mede-verzekerd.

De wetgever heeft het criterium opzet of bewuste roekeloosheid gekozen als grens van de dekkingsgraad van deze verzekering. Anders dan tussen de verzekeraar en de verzekerde bestaat er tussen de uitkeringsinstantie en de werkgever geen contractuele relatie. Van een contractuele afwijking van het criterium opzet of bewuste roekeloosheid kan dan ook geen sprake zijn. Het is de wetgever die voor dit criterium heeft gekozen. Of dit gebaseerd is op een belangenafweging of op morele gronden (of een combinatie van beide) is niet duidelijk.

In paragraaf 3.4.4 is ook toegelicht dat de beperking van de regresmogelijkheid op een collega-werknemer is gestoeld op een andere ratio. Voor die groep speelden de volgende argumenten een rol:

- 1) Bedrijfsongevallen kunnen nu eenmaal gemakkelijk plaatsvinden. De uitkeringsinstantie behoort daarom de risico's te dragen van normale bedrijfsrisico's, die het gevolg zijn van normale schuld, geen opzet of bewuste roekeloosheid.
- 2) Het werd door de wetgever onwenselijk en onbillijk geacht dat de collega-werknemer hiervan het risico zou moeten dragen en zich aanvullend zou moeten verzekeren.
- 3) Een regresmogelijkheid op een collega-werknemer zou de arbeidsverhoudingen kunnen verstoren.

Net als in het arbeidsrecht heeft de wetgever in het kader van het regresrecht op een collega-werknemer een billijkheidsafweging gemaakt. De wetgever heeft geoordeeld dat de hierboven opgesomde belangen, die veel gelijkenis vertonen met de argumenten die aan artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW ten grondslag liggen, moeten leiden tot een risicotoebedeling aan de uitkeringsinstantie. In de gevallen waarin de uitkeringsinstantie een werkgever is ligt die gelijkschakeling voor de hand. Dat is het geval als artikel 6:107a BW van toepassing is. In de andere gevallen ligt die gelijkschakeling minder voor de hand, omdat de genoemde argumenten in het kader van artikel 6:170 BW kennelijk niet doorslaggevend waren. De wetgever heeft daar voor een ander systeem gekozen, door de risicotoebedeling alleen in het kader van de onderlinge draagplicht te regelen. De werkgever draagt alle schade, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Geheel op zichzelf staat de ratio van het criterium 'ernstig verwijt' in het kader van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Voor interne bestuurdersaansprakelijkheid ligt aan dit criterium het argument ten grondslag dat door een hoge drempel voor aansprakelijkheid wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Voor externe aansprakelijkheid geldt hetzelfde argument, zij het dat de Hoge Raad daaraan heeft toegevoegd dat een hoge drempel tevens wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en in beginsel dus alleen de vennootschap door een benadeelde zou moeten kunnen worden aangesproken. We zien dus dat deze argumenten geheel zijn toegespitst op het rechtspersonenrecht en de bijzondere positie die de bestuurder in dat verband inneemt. De ratio van het criterium 'ernstig verwijt' vertoont dus geen overeenkomsten met de ratio van enig ander onderzocht schuldbegrip.

De verhouding tot de uitleg van de schuldbegrippen

De interne consistentie op basis van ratio wordt aan de hand van het volgende toetsingsschema beoordeeld:

- i. Er is een aanwijzing voor consistentie als bij een gelijke ratio een gelijke uitleg wordt gegeven.
- ii. Er is een aanwijzing voor inconsistentie als bij een gelijke ratio een andere uitleg wordt gegeven.
- iii. Naarmate de ratio meer afwijkt, zal bij een afwijkende uitleg minder snel sprake zijn van inconsistentie.
- iv. Naarmate de ratio meer overeenkomt, zal bij een afwijkende uitleg sneller sprake zijn van inconsistentie.

Toetsing op basis van dit schema leidt tot de volgende inzichten:

- i. Er is geen sprake van een uitleg buiten het arbeidsrecht die volledig gelijk is aan de uitleg die in het arbeidsrecht wordt gegeven aan bewuste roekeloosheid. Dit levert dus geen aanwijzing voor consistentie op.
- ii. Evenmin is er buiten het arbeidsrecht sprake van een ratio die volkomen gelijk is aan het arbeidsrecht. Er is dus ook geen aanwijzing voor inconsistentie.
- iii. Het schuldbegrip waarvan de ratio het verst van het arbeidsrecht is verwijderd, is het criterium 'ernstig verwijt' in het kader van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Ook de uitleg van dit begrip is het verst van het arbeidsrecht verwijderd. Dit levert dus een contra-indicatie op voor inconsistentie. Hetzelfde geldt voor de ratio van (opzet of) bewuste roekeloosheid in het regresrecht (voor zover het regres op de werkgever betreft) en roekeloosheid in het verzekeringsrecht. De ratio van deze begrippen is verder van het arbeidsrecht verwijderd, terwijl ook de uitleg van deze begrippen verder van het arbeidsrecht verwijderd is. Ook dit levert een contra-indicatie op voor inconsistentie.

Overigens vertonen de schuldbegrippen opzet of bewuste roekeloosheid in het regresrecht (op de werkgever) en roekeloosheid in het verzekeringsrecht onderling wel de nodige gelijkenissen. De ratio van de begrippen is vergelijkbaar. Ook de uitleg die de Hoge Raad aan (opzet of) bewuste roekeloosheid in het regresrecht heeft gegeven zou kunnen passen binnen de definitie van het begrip roekeloosheid in het verzekeringsrecht. Er is in beide gevallen sprake van een grove mate van schuld, waarbij voor beide schuldbegrippen geen bewustheidselement vereist is. Weliswaar heeft de Hoge Raad voor opzet of bewuste roekeloosheid in het regresrecht geen kwantitatieve risicogradaties voorgeschreven, maar dat maakt de uitleg van het begrip nog niet onverenigbaar met de uitleg van roekeloosheid in het verzekeringsrecht. Het criterium dat de Hoge Raad heeft voorgeschreven – een 'falende organisatie'

– kan namelijk worden beschouwd als een specifieke invulling van de ‘risico-volle gedraging’ in de context van het regresrecht op de werkgever.

Het is van belang om op te merken dat het bovenstaande niet opgaat, als het gaat om de beperking van het regresrecht op de collega-werknemer. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4.4 ligt hieraan een geheel eigen ratio ten grondslag. Die ratio zou rechtvaardigen dat aan opzet of bewuste roekeloosheid in die context een andere uitleg wordt gegeven dan in de context van het regresrecht op de werkgever. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgelaten. Er zijn echter twee aanwijzingen die erop wijzen dat een andere uitleg voor de hand ligt. In de eerste plaats lijkt het criterium ‘falende organisatie’ geheel te zijn toegespitst op de werkgever en is het niet bruikbaar voor de collega-werknemer. In de tweede plaats zou het – met name ten aanzien van artikel 6:107a lid 4 BW – systematisch consistent zijn als aan opzet of bewuste roekeloosheid dezelfde uitleg wordt gegeven als in artikel 6:170 lid 3 BW.

- iv. De ratio die ten grondslag ligt aan bewuste roekeloosheid in artikelen 7:658 en 7:661/6:170 BW komt het meest overeen met de ratio die ten grondslag ligt aan de regelingen in het verkeersaansprakelijkheidsrecht respectievelijk het vervoersrecht. Ook de uitleg van aan opzet grenzende roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht ligt het dichtst bij de definitie van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Dit vormt een aanwijzing voor consistentie.

Daar staat tegenover dat de ratio die ten grondslag ligt aan artikelen 7:661 BW, 6:170 BW en de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW vergelijkbaar is met de ratio die ten grondslag ligt aan opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht, zonder dat aan dit schuldbegrip een vergelijkbare uitleg is gegeven. Sterker nog: de uitleg van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht wijkt sterk af van het arbeidsrecht én het vervoersrecht. Dat roept de vraag op of dit verschil kan worden verklaard.

Hoewel zowel aan de regeling in het kader van werknemersaansprakelijkheid als de regelingen in het vervoersrecht en het contractenrecht rondom beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid vergelijkbare ratio's ten grondslag liggen, is alleen voor de arbeidsrechtelijke en vervoersrechtelijke schuldbegrippen sprake van wat ik eerder een ‘standaarduitwerking’ van dezelfde toets noemde. Daarbij is van belang dat de wetgever en de Hoge Raad op basis van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid niet alleen tot de slotsom kwamen dat beperking van aansprakelijkheid aanvaardbaar is, maar dat dit zelfs gewenst is. Doorbreking van die beperking moest tot een minimum worden beperkt. In dat opzicht wijken de regelingen in het arbeidsrecht en het vervoersrecht af van het algemene contractenrecht. De toets of beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid in het algemene contractenrecht naar maatschappelijke maatstaven

(on)aanvaardbaar is, is algemeen van aard. Deze toets is van toepassing op allerhande typen contracten en de uitkomst is daarom ook afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Daar komt bij dat partijen zelf hebben besloten om overeen te komen dat wordt afgeweken van wettelijke aansprakelijkheidsregels. Gelet op deze verschillen is het niet onbegrijpelijk dat de grens van de aanvaardbaarheid van beperking van aansprakelijkheid in het contractenrecht op een lager niveau is gelegd dan in arbeidsrecht en het verkeersrecht.

4.3 VERGELIJKING AAN DE HAND VAN HET TYPE RECHTSSUBJECT

4.3.1 *Heeft het type rechtssubject invloed op het beschermingsniveau?*

Een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is dat de werknemer de bedongen arbeid persoonlijk moet verrichten. Dit betekent dat de werknemer die partij is bij de arbeidsovereenkomst altijd een natuurlijk persoon is. Dit in tegenstelling tot de werkgever, die doorgaans een rechtspersoon is. Het is de vraag of deze omstandigheid van invloed is op het beschermingsniveau dat de werknemer toekomt. Met andere woorden: kan de uitleg die wordt gegeven aan een schuldbegrip (mede) worden verklaard aan de hand van het type rechtssubject (natuurlijke persoon/particulier of rechtspersoon/onderneming/professionele partij) waarop de betreffende rechtsregel van toepassing is. De hypothese die moet worden onderzocht is of natuurlijke personen/particulieren *meer bescherming* behoeven en het schuldbegrip dat die bescherming biedt dus *beperkt* wordt uitgelegd. Andersom zou dit betekenen dat rechtspersonen/ondernemingen/professionele partijen *minder bescherming* behoeven en het schuldbegrip dat die bescherming biedt dus *ruimer* wordt uitgelegd.

Voor het verkeersaansprakelijkheidsrecht geldt – evenals in het arbeidsrecht – dat de partij die bescherming behoeft een kwetsbaar geachte natuurlijke persoon is. Het verschil is echter dat de wederpartij in het verkeersaansprakelijkheidsrecht eveneens een natuurlijke persoon is. Kenmerkend voor deze natuurlijke persoon is dat hij voor de schade die het gevolg is van verkeersongevallen met een gemotoriseerd voertuig een wettelijk verplicht gestelde aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten. Dit maakt de positie van de natuurlijke persoon minder ‘kwetsbaar’. Het gebrek aan financiële draagkracht zal in ieder geval geen overtuigend argument kunnen vormen om de bestuurder juridische bescherming toe te kennen.

Dat de bijzonder kwetsbare positie van de voetganger of fietser (als natuurlijke persoon) van groot belang is bij de toekenning van bijzondere bescherming, blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad over de vraag of verzekeraars die regres willen nemen op de (verzekeraar van) de bestuurder van het betrokken motorvoertuig

zich eveneens op de 50%- en 100%-regel kunnen beroepen. In het arrest Klaverblad/IZA heeft de Hoge Raad hierover geoordeeld.³⁵ In deze zaak had de zorgverzekeraar van het slachtoffer – IZA – de ziektekosten in eerste instantie vergoed. Vervolgens wilde IZA regres nemen op Klaverblad, de WAM-verzekeraar van de bestuurder van het betrokken motorvoertuig. IZA stelde zich op het standpunt dat bij het bepalen van de omvang van de schade die zij op Klaverblad kon verhalen, de 100%-regel in acht moest worden genomen, zodat de volledige schade op Klaverblad kon worden verhaald. De Hoge Raad volgde dit standpunt niet, op basis van de volgende overweging:

“Zowel de hiervoor onder 3.5 bedoelde, tot bescherming van fietsers en voetgangers beneden de leeftijd van veertien jaar strekkende regel (de 100%-regel), als de bij voormeld arrest van 1992 aanvaarde regel, die bescherming van volwassen fietsers en voetgangers op het oog heeft (de 50%-regel), berust op de billijkheid in de verhouding van de tegen aansprakelijkheid verzekerde of verzekeringsplichtige deelnemer aan het gemotoriseerde verkeer ten opzichte van de fietser of voetganger die slachtoffer van dat verkeer werd en die anders zijn schade, voor zover niet door eigen verzekering gedekt, persoonlijk zou moeten dragen.

Ten aanzien van deze beide categorieën van fietsers en voetgangers verliest dit billijkheidsargument zijn gewicht ingeval de schade van het slachtoffer ten laste van een verzekeraar is gekomen, omdat het risico aan de zijde van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid. Mede in aanmerking genomen dat beide regels de resultante zijn van dezelfde rechtsontwikkeling (vgl. het arrest van 1992 rov. 3.7), bestaat voor een uiteenlopend regime ten aanzien van regresvorderingen dan ook geen genoegzame rechtvaardiging.”

De Hoge Raad kwam tot precies hetzelfde oordeel in twee andere op dezelfde dag gewezen arresten.³⁶ In alle drie deze arresten overwoog de Hoge Raad dat voor verzekeraars geen ‘gestandaardiseerde’ billijkheidscorrectie als bedoeld in artikel 6:101 lid 1 BW van toepassing is. Over de vraag hoe deze bepaling dan wel moet worden toegepast als een verzekeraar regres neemt, oordeelde de Hoge Raad als volgt:

“In zodanig geval wordt de vergoedingsplicht van de bestuurder van het motorrijtuig verminderd door, met toepassing van de primaire maatstaf, de schade over de regres nemende verzekeraar en de bestuurder te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan het kind, onderscheidenlijk aan de bestuurder toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de aanrijding hebben bijgedragen.

Toepassing van deze maatstaf houdt een causaliteitsafweging in, die in een geval als het onderhavige daarop neerkomt dat moet worden beoordeeld in welke mate enerzijds het weggedrag van het kind en

35. HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Klaverblad/IZA).

36. HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (Zwolsche/Ziekenfonds) en NJ 1997, 702, m.nt. Brunner (Van Keulen/Trias).

anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven hebben geroepen.

Bij deze beoordeling komt het derhalve niet aan op de mate van verwijtbaarheid van een en ander. Weliswaar zal, naarmate een gedraging gevaarlijker is, de mate van haar verwijtbaarheid doorgaans toenemen, maar noodzakelijk is dit niet. Met name ten aanzien van jeugdige kinderen kan het geval zich zeer wel voordoen dat sprake is van hoogst gevaarlijk weggedrag, dat aan het kind nochtans niet kan worden verweten, gezien zijn – aan zijn leeftijd eigen – beperkte inzicht in het aan zijn gedragingen verbonden gevaar en zijn beperkt vermogen zich naar dat inzicht te gedragen.

Beoordeling van de mate van verwijtbaarheid komt eerst aan de orde bij toepassing van de billijkheidscorrectie. Niet uitgesloten is dat ook in gevallen als het onderhavige voor zodanige toepassing grond bestaat.”

Voor een billijkheidscorrectie is dus mogelijk nog plaats, maar dat zal niet standaard het geval zijn. Bovendien zal de billijkheidscorrectie in het geval van een regresvordering door een verzekeraar doorgaans slechts tot een bijstelling van beperkte omvang van het resultaat van de causaliteitsafweging kunnen leiden.³⁷

De reden waarom regres nemende verzekeraars geen gebruik kunnen maken van de 100%- en 50%-regel lijkt niet zozeer verband te houden met het type rechtssubject (rechtspersoon-verzekeraar versus een natuurlijke persoon). De Hoge Raad lijkt veel meer waarde te hechten aan het feit dat de ratio van 100%- en 50%-regel niet opgaat als een verzekeraar regres neemt. Met andere woorden: het type rechtssubject doet wel ter zake, maar niet als criterium op zich. Het type rechtssubject in kwestie kan wel van invloed zijn op de ratio van de rechtsregel.

Het type rechtssubject lijkt eveneens een rol te spelen in het contractenrecht. Exoneratiebedingen worden in beginsel tussen twee professionele partijen gesloten. De subregel dat een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is bij opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar, gaat alleen op als het de gedragingen van de schuldenaar zelf of van het leidinggevend personeel betreft. In gevallen waarin de schade hoofdzakelijk is veroorzaakt door niet-leidinggevend personeel, hangt de aanvaardbaarheid van een exoneratiebeding af van alle omstandigheden van het geval.³⁸

Het uitsluiten van aansprakelijkheid voor een ondergeschikte vormt een contractuele afwijking op artikel 6:76 BW. Hierin is bepaald dat als een schuldenaar bij de

37. HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (Terminus/ZAO), NJ 1998, 401 (Interpolis/Nuts) en NJ 1998, 402, m.nt. Hijma (Van Keulen/Trias). Zie ook HR 10 juli 2015, NJ 2016, 26, m.nt. Mendel (Achmea/Menzis).

38. J.H. Duyvensz, 'Exoneratie en bewuste roekeloosheid', WPNR 2001/6878, p. 226.

uitvoering van een verbintenis gebruikmaakt van de hulp van andere personen (waaronder werknemers), hij voor hun gedragingen op gelijke wijze aansprakelijk is als voor eigen gedragingen. In dat verband heeft de Hoge Raad in het arrest Matatag/De Schelde het volgende overwogen:³⁹

“In dit verband is in het bijzonder van belang dat niet is komen vast te staan – en door het middel dan ook niet wordt aangevoerd – dat de bedrijfsleiding van De Schelde zelf in haar taak is tekortgeschoten. Bij een overeenkomst van de onderhavige aard, gesloten tussen bedrijven als hiervoor aangeduid, kan immers niet gezegd worden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijkheid ook voor ernstige fouten van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren, geheel of ten dele uit te sluiten en ingeval van schade als hier geleden op deze uitsluiting dan ook een beroep te doen.”

De Hoge Raad hecht dus waarde aan het feit dat een exonerationbeding tussen twee professionele partijen wordt gesloten in een sector waarin het sluiten van dergelijke bedingen gebruikelijk is. Onder die omstandigheden acht de Hoge Raad het niet onaanvaardbaar om gedragingen van ondergeschikt personeel van aansprakelijkheid uit te sluiten. Dit wijst er dus op dat de omstandigheid dat het gaat om twee professionele partijen leidt tot een *verruiming* van de contractvrijheid. Dit leidt tot een *verlaging* van het beschermingsniveau van de partij die voor bescherming in aanmerking komt, namelijk de partij tegen wie aansprakelijkheid voor opzet of bewuste roekeloosheid van niet-leidinggevend personeel is uitgesloten.⁴⁰

Ook een vervoersovereenkomst wordt doorgaans tussen twee professionele partijen gesloten. De gedraging die in rechte wordt getoetst, zoals het parkeren van een vrachtwagen op een onbewaakt parkeerterrein, wordt echter doorgaans verricht door een ondergeschikte natuurlijke persoon (bijvoorbeeld een vrachtwagenchauffeur). In de 5-januari-arresten heeft de Hoge Raad expliciet geoordeeld dat ook bewust roekeloze gedragingen van ondergeschikten, van wier diensten de vervoerder gebruik maakt voor de bewerkstelling van het vervoer, leiden tot een doorbreking van de aansprakelijkheid van de vervoerder. Hieruit kunnen ten aanzien van het vervoersrecht echter geen algemene conclusies worden getrokken. Van belang is dat het overgrote deel van de rechtspraak van de Hoge Raad betrekking heeft op gevallen waarin het CMR van toepassing was. Artikel 29 lid 2 CMR bepaalt kort gezegd, dat beperking van aansprakelijkheid ook wordt doorbroken bij opzet of schuld van de ondergeschikten van de vervoerder of van alle andere personen, van wier diensten hij voor de bewerkstelling van het vervoer gebruik-

39. HR 31 december 1993, NJ 1995, 389, m.nt. Brunner (Matatag/De Schelde).

40. Opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht had immers het doel om de contractvrijheid in de vorm van limitering of uitsluiting van aansprakelijkheid te beperken.

maakt.⁴¹ Dat ook bewust roekeloze gedragingen van ondergeschikten leiden tot doorbreking van aansprakelijkheid van de vervoerder, is dus niet het gevolg van het bepaalde in artikel 8:1108 BW, maar van artikel 29 CMR. Sterker nog: artikel 8:1108 BW zelf bepaalt dat de beperking van aansprakelijkheid wordt doorbroken bij een ‘eigen’ handelen of nalaten van de vervoerder, die opzettelijk of bewust roekeloos is verricht. Onder een ‘eigen’ handeling van de vervoerder kan niet ook een handeling van een ondergeschikte worden geschaard.⁴²

Dit betekent dat in gevallen waarin het CMR niet van toepassing is, de gedragingen van een ondergeschikte niet als zodanig kunnen leiden tot doorbreking van de beperking van aansprakelijkheid van de vervoerder. Daarvan kan alleen sprake zijn, als moet worden geoordeeld dat de gedragingen van de ondergeschikte kunnen worden aangemerkt als gedragingen van de vervoerder zelf.⁴³ Dat is het geval als de gedragingen van de ondergeschikte in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de vervoerder hebben te gelden.⁴⁴

Dat roept de vraag op of opzet of bewuste roekeloosheid anders moet worden uitgelegd als het niet gaat om een gedraging van een ondergeschikte, maar om een gedraging van de vervoerder zelf, althans van een persoon wiens gedragingen naar maatschappelijke maatstaven kunnen worden aangemerkt als het handelen van de vervoerder. Uit een recent arrest van de Hoge Raad valt af te leiden dat het antwoord ontkennend luidt.⁴⁵ Dit betekent – evenals in het algemene contractenrecht – dat het beschermingsniveau van de partij die bescherming behoeft tegen

41. Zoals is toegelicht in paragraaf 3.3.3 heeft de Hoge Raad in de 5-januari-arresten geoordeeld dat onder ‘schuld zijnerzijds, welke volgens de wet van het gerecht, waar de vordering aanhangig is, met opzet gelijkgesteld wordt’ in de zin van artikel 29 lid 1 CMR moet worden verstaan ‘een handeling die of een nalaten dat moet worden aangemerkt als roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’, als bedoeld in artikel 8:1108 BW. Deze definitie geldt blijkens de 5-januari-arresten zowel voor het eerste als voor het tweede lid van artikel 29 CMR.

42. H. Schadee, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting zesde gedeelte (Boek 8 – Tweede stuk)*, ‘s-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1466: “Het artikel wijkt af van artikel 29 CMR in zoverre als het (...) de vervoerder toelaat zijn aansprakelijkheid voor schade, die door opzet of grove schuld van zijn ondergeschikten werd veroorzaakt, te beperken of uit te sluiten.” Bij andere vormen van vervoer geldt overigens niet dat de schuld van een ondergeschikte tot doorbreking van aansprakelijkheid van de vervoerder kan leiden. Zie bijvoorbeeld over de CLNI (binnenvaart) en LLMC (zeevaart): H.J.S.M. Langbroek, ‘A trial within a trial over het recht op beperking van aansprakelijkheid en bewuste roekeloosheid’, *TVR* 2019/2, p. 40, voetnoot 25.

43. In literatuur en rechtspraak wordt in plaats van de bewoordingen ‘kan worden aangemerkt als’ ook wel gesproken over ‘vereenzelviging’ van handelen met het handelen van de rechtspersoon of toerekening van gedragingen aan een rechtspersoon. Zie hierover uitvoeriger B.A. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer; Kluwer 2017, p. 49-52.

44. Dit criterium is ontleend aan het arrest HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. Brunner (Kleuterschool Babbel). Zie voor toepassing in vervoersrechtelijke context: HR 22 juni 2018, *ECLI:NL:HR:2018:981*.

45. HR 22 juni 2018, *ECLI:NL:HR:2018:981*.

opzettelijk of bewust roekeloze gedragingen (de ladingbelanghebbende) van de wederpartij (de vervoerder of zijn ondergeschikten) is *beperkt*. In zoverre zijn de regeling in het algemene contractenrecht en het vervoersrecht dus met elkaar in overeenstemming.

Ook ten aanzien van opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van de beperking van het regresrecht op de werkgever speelt de vraag wanneer gedragingen van een natuurlijk persoon moeten worden gelijkgesteld met gedragingen van de werkgever. De Hoge Raad heeft zich over die vraag uitgelaten in de arresten Anthony Vedder en Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid.⁴⁶ In Anthony Vedder had het hof geoordeeld dat in het maatschappelijk verkeer de gedragingen van een kapitein met betrekking tot het reilen en zeilen van zijn schip en die van een werktuigkundige bij de uitvoering van zijn taak aan boord, niet zijn aan te merken als handelingen van de rederij. De Hoge Raad sloot zich bij dit oordeel aan. Daarbij verwees hij niet alleen naar de positie van de kapitein en werktuigbouwkundige in het maatschappelijk verkeer, maar ook naar het 'uitzonderingskarakter' van opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever in het wettelijke systeem. Dit 'uitzonderingskarakter' stond ook centraal in Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid. In dit arrest was de vraag aan de orde of de gedragingen van de chef van de snijafdeling konden worden gelijkgesteld aan de gedragingen van de werkgever. De verantwoordelijkheid voor de gang van zaken op de snijafdeling was door de statutair directeur van de werkgever namelijk aan deze afdelingschef overgelaten. De Hoge Raad wees wederom op het uitzonderingskarakter van opzet of bewuste roekeloosheid en oordeelde als volgt:

"Vorenbedoeld uitzonderingskarakter brengt voorts mee dat, indien in het kader van art. 83c Zfw ter beantwoording van de vraag of het handelen of nalaten van een werknemer van een rechtspersoon als opzet of bewuste roekeloosheid van de rechtspersoon als werkgever kan gelden, in het algemeen bepalend zal zijn of diens positie binnen de kring van de onderneming in het maatschappelijk verkeer met die van de – voor de organisatie van de betrokken werkzaamheden verantwoordelijke – bestuurder van de rechtspersoon op één lijn gesteld kan worden."

Daarna casseerde de Hoge Raad het bestreden arrest. Het hof had geoordeeld dat de gedragslijn van de leidinggevende van de snijafdeling aan Schulpen als werkgever moest worden toegerekend, omdat de verantwoordelijkheid voor de gang van zaken op de snijafdeling door de statutair directeur van Schulpen aan de chef van de snijafdeling was overgelaten. De directeur was er ook niet mee bekend of er werkinstructies waren gegeven. Deze overweging getuigde naar het oordeel van de Hoge Raad van een onjuiste rechtsopvatting of was zonder nadere motivering

46. HR 4 oktober 1991, NJ 1992, 410, m.nt. Mendel (Anthony Vedder); HR 27 november 2009, JAR 2010/16 (Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid).

onbegrijpelijk. Het hof had volgens de Hoge Raad geen kenbare aandacht besteed aan de vraag of de positie die de chef van de snijafdeling binnen de onderneming innam, van dien aard was dat diens handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer als handelen of nalaten van Schulpen als werkgever in de zin van art. 83c Zfw kon gelden.

In tegenstelling tot het contractenrecht en het vervoersrecht, waar het omgekeerde het geval was, ontleent in het regresrecht de partij die opzet of bewust roekeloos handelen wordt verweten – de werkgever – ook bescherming aan dit criterium.⁴⁷ De omstandigheid dat het gaat om een professionele partij leidt er in dit verband niet toe dat het beschermingsniveau wordt verlaagd. Sterker nog: het staat er niet aan in de weg dat het beschermingsniveau van de werkgever wordt *verhoogd* door beperking van de kring personen wiens handelen kan worden gelijkgesteld aan het handelen van de werkgever.

Een regeling die zowel op een natuurlijk persoon als een rechtspersoon van toepassing kan zijn, is de regeling in het kader van bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. De rol van bestuurder van een rechtspersoon kan immers zowel door een natuurlijk persoon als door een rechtspersoon worden vervuld. Het is de vraag of het type rechtssubject van invloed is op de regeling voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid, in het bijzonder de daarvoor geldende maatstaf. Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad luidt het antwoord ontkennend.

Dit blijkt bijvoorbeeld heel duidelijk uit het arrest K./Le Roux.⁴⁸ Deze zaak ging over de toepasselijkheid van artikel 2:11 BW. Dit wetsartikel bepaalt dat wanneer de bestuurder van een rechtspersoon ook een rechtspersoon is (een rechtspersoon-bestuurder), en op deze rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid rust, die aansprakelijkheid tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Hiermee wordt voorkomen dat een bestuurder die natuurlijke persoon is, gemakkelijk aan persoonlijke aansprakelijkheid kan ontkomen door zich te verschuilen achter een rechtspersoon-bestuurder (met een gering vermogen). In het arrest K./Le Roux was de vraag aan de orde of artikel 2:11 BW ook van toepassing is bij externe bestuurdersaansprakelijkheid.

47. In het contractenrecht en het vervoersrecht leidt opzet of bewuste roekeloosheid tot een uitzondering op de mogelijkheid om aansprakelijkheid te beperken of uit te sluiten. De partij die zijn wederpartij opzet of bewuste roekeloosheid verwijt wordt dus beschermd tegen onaanvaardbare rechtstoestanden. Een beperktere uitleg van het criterium leidt dus tot een verlaging van het beschermingsniveau. In het regresrecht leidt opzet of bewuste roekeloosheid er juist toe dat de beperking van het regresrecht wordt opgeheven. Tot het moment waarop sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid wordt de werkgever beschermd. Een beperktere uitleg van het criterium leidt dus tot een verhoging van het beschermingsniveau.

48. HR 17 februari 2017, NJ 2017, 215, m.nt. Van Schilgaarde (X./Le Roux).

De Hoge Raad oordeelde dat artikel 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Vervolgens overwoog hij:

“Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.”

Uit deze overweging kunnen twee conclusies worden getrokken. De Hoge Raad gebruikt de woorden ‘ook die bestuurder’. Daaruit kan in de eerste plaats worden afgeleid dat voor de vestiging van aansprakelijkheid niet alleen voor de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder (een natuurlijke persoon) de ‘verzwaarde’ eis van een ‘ernstig verwijt’ geldt, maar dat dit vereiste ook geldt voor de aansprakelijkheid van rechtspersoon-bestuurders. In de tweede plaats blijkt dat de natuurlijke persoon bij de toepassing van artikel 2:11 BW zelfs een minder sterke positie heeft dan wanneer hij ‘rechtstreeks’ als natuurlijke persoon bestuurder is. Ook zonder ernstig verwijt staat de aansprakelijkheid immers in beginsel vast, tenzij hij kan bewijzen dat geen sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Daarmee is de verdeling van de stelplicht en bewijslast is omgekeerd. Uit dit alles kan dus worden afgeleid dat de omstandigheid dat de bestuurder een natuurlijke persoon is, geen positieve invloed heeft op het beschermingsniveau dat de bestuurder toekomt.

Ook in het verzekeringsrecht lijkt het onderscheid tussen natuurlijke personen/particulieren enerzijds en rechtspersonen/ondernemingen/professionele partijen anderzijds niet van invloed te zijn op de uitleg van het begrip roekeloosheid in artikel 7:952 BW. Verzekeringsovereenkomsten worden zowel door particulieren als door professionele partijen gesloten. In zowel de parlementaire geschiedenis, als in de literatuur wordt voor de uitleg van het begrip roekeloosheid geen onderscheid gemaakt tussen beide type rechtssubjecten.

Aan het begin van deze paragraaf werd de hypothese gesteld dat natuurlijke personen/particulieren *meer bescherming* behoeven, zodat het schuldbegrip dat die bescherming biedt dus *beperkt*er wordt uitgelegd en dat rechtspersonen/ondernemingen/professionele partijen *minder bescherming* behoeven en het schuldbegrip dat die bescherming biedt dus *ruimer* wordt uitgelegd. Uit het voorgaande moet worden afgeleid dat deze hypothese alleen ten aanzien van opzet of bewuste roekeloosheid in het contractenrecht lijkt op te gaan. Opzet of bewuste roekeloosheid in het vervoersrecht lijkt hiermee in lijn te zijn, afgezien van gevallen waarin het CMR van toepassing is. Bij de andere schuldbegrippen konden geen aanwijzingen worden gevonden dat het type rechtssubject van invloed was op het gewenste beschermingsniveau (afgezien van gevallen waarin het type rechtssubject van belang is voor de ratio van de regeling). Daarom moet de hypothese worden verworpen.

Verhouding tot de uitleg van de schuldbegrippen

In hoofdstuk 1 is toegelicht dat interne consistentie op basis van type rechtssubject zou moeten worden getoetst aan de hand van het volgende toetsingsschema:

- i. Er is een aanwijzing voor consistentie als bij hetzelfde type rechtssubject een gelijke uitleg wordt gegeven.
- ii. Er is een aanwijzing voor inconsistentie als bij hetzelfde type rechtssubject een andere uitleg wordt gegeven.
- iii. Naarmate het type rechtssubject meer afwijkt, zal bij een afwijkende uitleg minder snel sprake zijn van inconsistentie.
- iv. Naarmate het type rechtssubject meer overeenkomt, zal bij een afwijkende uitleg sneller sprake zijn van inconsistentie.

In hoofdstuk 1 is echter ook toegelicht dat naarmate er bij begrippen buiten het arbeidsrecht *onderling* sprake is van minder consistentie er ook minder snel sprake is van een inconsistente uitleg van de arbeidsrechtelijke begrippen. Er is dan hooguit sprake van consistente inconsistentie of het gezichtspunt vormt eenvoudigweg geen belangrijke factor bij de uitleg van schuldbegrippen. Gelet op de bevindingen uit de vorige paragraaf lijkt dat laatste aan de orde te zijn ten aanzien van het type rechtssubject.

Dit betekent dat het toetsingsschema geen nuttige inzichten kan geven over de interne consistentie tussen de uitleg van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en vergelijkbare begrippen buiten het arbeidsrecht.

4.4 OPZET

4.4.1 *Vergelijking aan de hand van begripsuitleg*

Opzet in het arbeidsrecht

In hoofdstuk 2 is uiteengezet dat opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid als bedoeld in artikel 7:629 lid 3 sub a BW niet snel mag worden aangenomen. De parlementaire geschiedenis biedt weinig handvatten voor de uitleg van het opzet-criterium. De wetgever heeft duidelijk gemaakt dat het opzet van de arbeider moet zijn gericht op het veroorzaken van ziekte. Het enkele 'risiken' van arbeidsongeschiktheid is onvoldoende voor de aanwezigheid van opzet: de gedraging van de werknemer moet zijn verricht met 'het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen'.⁴⁹

De Hoge Raad heeft zich tot op heden nog niet over het opzetcriterium uitgelaten. In de lagere rechtspraak wordt maar zelden door de rechter geoordeeld dat sprake is van opzettelijk veroorzaakte ziekte. In de literatuur en jurisprudentie wordt vaak geconcludeerd dat onder het opzetbegrip in artikel 7:629 BW in ieder geval niet het uit het strafrecht bekende criterium 'voorwaardelijk opzet' valt. Vaak wordt het criterium zelfs zo beperkt uitgelegd, dat wordt gesproken over de *wil* van de werknemer of het *doel* van zijn handelen om arbeidsongeschikt te worden. Dit betekent dat onder het opzetcriterium in het arbeidsrecht alleen opzet als oogmerk (willens en wetens handelen) en opzet als zekerheidsbewustzijn moeten worden begrepen.

Opzet buiten het arbeidsrecht

De vergelijking van de arbeidsrechtelijke uitleg van opzet met de wijze waarop de in hoofdstuk 3 onderzochte schuldbegrippen leidt tot de volgende conclusies.

De uitleg van opzet in het verzekeringsrechtelijke criterium 'het opzet de verzekeraar te misleiden' wordt op vergelijkbare wijze uitgelegd als het begrip opzet in het arbeidsrecht. De Hoge Raad heeft in het arrest Eiser/ASR geoordeeld dat voor opzettelijke misleiding vereist is dat de verzekeringnemer heeft gehandeld 'met de bedoeling' de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Hoewel de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden heeft bevestigd, lijkt uit de woorden 'met de bedoeling' – evenals in het arbeidsrecht – te kunnen worden afgeleid dat het risiken van het verstrekken van onjuiste informatie onvoldoende is. Daarmee kan van opzettelijke misleiding alleen worden gesproken als sprake is van opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn. Voorwaardelijk opzet lijkt onvoldoende.

49. Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 74 en Kamerstukken I 1995/96, 24 439, nr. 134b, p. 48.

Ook opzet in de zin van artikel 7:23 lid 3 BW lijkt beperkt te moeten worden uitgelegd. In de parlementaire geschiedenis wordt gesproken over ‘boos opzet’.⁵⁰ Hoewel dit noch in de parlementaire geschiedenis, noch in de rechtspraak wordt bevestigd, is het niet onaannemelijk dat de wetgever hiermee heeft willen aangeven dat de verkoper moet hebben gehandeld met ‘de bedoeling’ om de koper te weerhouden van de mogelijkheid om zich tijdig op de non-conformiteit van het geleverde te beroepen. In dat geval zou ook onder opzet in de zin van artikel 7:23 lid 3 BW geen voorwaardelijk opzet moeten worden begrepen, maar alleen opzet als oogmerk en zekerheidsbewustzijn.

Deze uitleg van opzet wijkt af van de uitleg die volgens de wetgever moet worden gegeven aan opzet in artikel 7:952 BW. In hoofdstuk 3 is toegelicht dat de wetgever expliciet heeft overwogen dat opzet in artikel 7:952 BW opzet als oogmerk, opzet als zekerheidsbewustzijn en voorwaardelijk opzet omvat.⁵¹ Dit betekent dat voor deze vorm van opzet voldoende is dat de verzekerde bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het verzekerde risico zich zal verwezenlijken.

4.4.2 *Vergelijking aan de hand van terminologie*

De terminologie van opzet

De terminologische verschillen die werden aangetroffen in het kader van bewuste roekeloosheid, bestaan niet bij het gebruik van het criterium opzet. In artikelen 7:629 lid 3 sub a BW, 7:23 lid 3 BW, alsook het criterium ‘het opzet de verzekeraar te misleiden’ is opzet terminologisch hetzelfde. Dat geldt in beginsel ook voor opzet in de zin van artikel 7:952 BW, met de nuancering dat in artikel 7:952 BW het alternatief van ‘roekeloosheid’ wordt geboden, terwijl in de andere bepalingen opzet geïsoleerd voorkomt.

Verhouding tot de uitleg van opzet

De interne consistentie op basis van terminologie wordt aan de hand van het volgende toetsingsschema beoordeeld:

- i. Er is een aanwijzing voor consistentie als bij gelijke terminologie een gelijke uitleg wordt gegeven.
- ii. Er is een aanwijzing voor inconsistentie als bij gelijke terminologie een andere uitleg wordt gegeven.
- iii. Naarmate de terminologie meer afwijkt, zal bij een afwijkende uitleg minder snel sprake zijn van inconsistentie.
- iv. Naarmate de terminologie meer overeenkomt, zal bij een afwijkende uitleg sneller sprake zijn van inconsistentie.

50. *Kamerstukken II* 1981, 16 979, 3, p. 42-43.

51. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 19.

Toetsing op basis van dit schema leidt tot de volgende inzichten:

- i. Aangezien zowel de gehanteerde terminologie als de uitleg van de onderzochte opzetcriteria gelijkklopend is, is sprake van een aanwijzing voor consistentie.
- ii. Er is geen sprake van gelijke terminologie met een afwijkende uitleg. Om die reden is geen sprake van een aanwijzing voor inconsistentie.
- iii. Geconstateerd is dat de terminologie in artikel 7:952 BW afwijkt van de andere onderzochte bepalingen waarin het begrip opzet wordt gehanteerd. In artikel 7:952 BW wordt opzet namelijk gecombineerd met het alternatief 'roekeloosheid' terwijl opzet in de andere bepalingen geïsoleerd voorkomt. Dit verschil in terminologie kan tevens een verklaring bieden voor de afwijkende uitleg van opzet in artikel 7:952 BW (het criterium dat in tegenstelling tot de andere onderzochte opzetcriteria ook voorwaardelijk opzet omvat). Het feit dat het alternatief 'roekeloosheid' wordt geboden, betekent immers dat het weinig zinvol is om opzet in artikel 7:952 BW beperkt uit te leggen, door voorwaardelijk opzet hier niet onder te scharen. In gevallen waarin kan worden gesproken van voorwaardelijk opzet – dus bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op schade – zal in de regel namelijk al sprake zijn van roekeloosheid. Met andere woorden: het rechtsgevolg van artikel 7:952 BW treedt ook in als opzet niet ruim zou worden uitgelegd. Dat de reikwijdte van het begrip 'roekeloosheid' het domein van voorwaardelijk opzet grotendeels overlapt en zelfs ruimer is, blijkt ook uit een door de wetgever besproken casus uit de parlementaire geschiedenis.⁵²

In de betreffende passage gaat de minister in op een vraag van de CDA-fractie hoe de minister dacht dat de rechter in het zogeheten Porsche-arrest⁵³ zou hebben geoordeeld, als de door de rechter aan te leggen maatstaf roekeloosheid was geweest. In dit arrest ging het om een automobilist die – in beschooten toestand – bij een gevaarlijke inhaalmanoeuvre een frontale botsing had veroorzaakt, waarbij vijf personen om het leven waren gekomen. De vraag in cassatie was of de verdachte zich schuldig had gemaakt aan voorwaardelijk opzet. De Hoge Raad oordeelde dat de conclusie van het hof dat hiervan sprake was nadere motivering behoeft. Het lag immers niet zonder meer voor de hand dat de verdachte met zijn handelwijze ook de aanmerkelijke kans had aanvaard dat hijzelf door het ongeval het leven zou verliezen. Dit duidde er volgens de Hoge Raad op dat de verdachte verwachtte dat de manoeuvre niet tot een botsing zou leiden. De minister overwoog ten aanzien van de vraag hoe de casus zou moeten worden beoordeeld als roekeloosheid de te hanteren maatstaf was geweest, dat het hem met de vast-

52. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, E, p. 14-15.

53. HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 (Porsche-arrest).

staande feiten verdedigbaar leek dat de gedragingen van de bestuurder wel als roekeloosheid in de zin van artikel 7:952 BW konden worden aangemerkt. Al met al biedt de afwijkende terminologie een verklaring voor de afwijkende uitleg van het opzetcriterium, zodat geen sprake is van een aanwijzing voor inconsistentie.

- iv. Er is geen sprake van overeenkomende uitleg bij afwijkende terminologie. Er is dus evenmin sprake van een aanwijzing voor inconsistentie

4.4.3 *Vergelijking aan de hand van ratio*

Ratio van opzet in het arbeidsrecht

In hoofdstuk 2 is toegelicht dat de ratio van opzet in artikel 7:629 BW nauw samenhangt met de economische afhankelijkheid van de werknemer ten opzichte van de (economisch doorgaans sterkere) werkgever. Daar staat tegenover dat het regime uit artikel 7:629 BW, inclusief de uitzondering in geval van opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, niet los kan worden gezien van de sociaalverzekeringsrechtelijke achtergrond van deze bepaling. Waar eerst de werknemer wettelijk verzekerd was, heeft de werkgever de positie van de sociale verzekeringsinstantie sinds de privatisering van de Ziektewet overgenomen. De belangrijkste redenen voor de (politieke) keuze om de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid voor rekening van de werkgever te laten komen en deze kosten niet sociaal te verzekeren zijn enerzijds ingegeven vanuit het maatschappelijke belang om kosten uit algemene middelen te beperken. Anderzijds strekt deze regeling ertoe de werkgever te stimuleren bij te dragen aan een zo snel mogelijke re-integratie van de werknemer.

In het licht van dit samenstel van belangen is ervoor gekozen om het moment waarop de werknemer zijn recht op loondoorbetaling verliest neer te leggen bij het criterium opzet. De werknemer mag het recht op loondoorbetaling slechts in zeer uitzonderlijke gevallen verliezen. Die morele grens is neergelegd bij opzet als bedoeld in artikel 7:629 lid 3 sub a BW.

De ratio van opzet buiten het arbeidsrecht

De bevindingen uit hoofdstuk 3 over de ratio van opzet ex artikel 7:23 lid 3 en 6:178 sub e BW zijn te beperkt om de ratio van de bepaling te kunnen beoordelen. De ratio van opzettelijke misleiding van de verzekeraar als bedoeld in titel 7.17 BW kon wel (tot op zekere hoogte) uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid. Hieruit bleek dat hoewel ook hier – evenals in het arbeidsrecht – sprake is van een op morele gronden gebaseerde ondergrens, de ratio van de bepalingen heel verschillend is.

Nog het meest vergelijkbaar met de ratio van opzet in artikel 7:629 BW is ‘opzet’ als morele ondergrens voor de verzekeraarbaarheid van schade, als bedoeld in het

eerder besproken Bierglas-arrest. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat het in strijd is met de goede zeden/openbare orde, als een verzekering schade zou dekken die door opzet van de verzekerde is veroorzaakt. Onder opzet in de hier bedoelde zin moet echter geen voorwaardelijk opzet worden begrepen.⁵⁴

Verhouding tot de uitleg van opzet

De interne consistentie op basis van ratio wordt aan de hand van het volgende toetsingsschema beoordeeld:

- i. Er is een aanwijzing voor consistentie als bij een gelijke ratio een gelijke uitleg wordt gegeven.
- ii. Er is een aanwijzing voor inconsistentie als bij een gelijke ratio een andere uitleg wordt gegeven.
- iii. Naarmate de ratio meer afwijkt, zal bij een afwijkende uitleg minder snel sprake zijn van inconsistentie.
- iv. Naarmate de ratio meer overeenkomt, zal bij een afwijkende uitleg sneller sprake zijn van inconsistentie.

Toetsing op basis van dit schema leidt tot de volgende inzichten:

- i. De uitleg van de onderzochte opzetcriteria komt zeer nauw overeen. Daar staat tegenover dat de ratio van opzettelijke misleiding in titel 7.17 BW afwijkt van de ratio van artikel 7:629 BW. Er is derhalve geen aanwijzing voor consistentie, noch voor inconsistentie.
De ratio van 'opzet' als morele ondergrens voor verzekeraarbaarheid van schade komt wel (in zekere mate) overeen met opzet in artikel 7:629 BW. De uitleg van deze opzetcriteria komt sterk overeen: in beide gevallen moet onder het criterium wel opzet als oogmerk en als zekerheidsbewustzijn worden begrepen, maar geen voorwaardelijk opzet. Dit vormt dus een (beperkte) aanwijzing voor consistentie.
- ii-iv. Van deze aanwijzingen voor consistentie of inconsistentie is geen sprake.

4.4.4 Vergelijking aan de hand van type rechtssubject

Bij de beoordeling van bewuste roekeloosheid werd al geoordeeld dat het gezichtspunt 'type rechtssubject' geen belangrijke factor vormde bij de onderzochte schuld-begrippen. Ten aanzien van opzet moet dezelfde conclusie worden getrokken. De onderzoeksresultaten uit hoofdstuk 3 bieden geen enkel aanknopingspunt dat het type rechtssubject wel van belang is bij de uitleg van het betreffende opzetcriterium. Dit betekent dat ook hier geldt dat het toetsingsschema geen nuttige inzichten kan geven over de interne consistentie van de uitleg van opzet in het arbeidsrecht en buiten het arbeidsrecht.

54. HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572, m.nt. Wachter (Bierglas).

4.5 DE TRT-TOETS: EEN AFRONDENDE BESCHOUWING

4.5.1 *De vorm van consistentie varieert*

In de voorgaande hoofdstukken is in kaart gebracht dat zowel in het arbeidsrecht als buiten het arbeidsrecht schuldbegrippen worden gehanteerd die met elkaar gemeen hebben dat zij een beperking of een uitzondering op een beperking vormen. Deze schuldbegrippen kennen alle een andere historische achtergrond. Tevens is aangetoond dat in de historische achtergrond van de verschillende schuldbegrippen wel degelijk overlap of dwarsverbanden zijn waar te nemen met andere schuldbegrippen. Van zowel de arbeidsrechtelijke schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid, als van de schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht die sterke overeenkomsten vertonen met deze schuldbegrippen is de juridische en historische achtergrond in kaart gebracht, evenals de uitleg die de wetgever, de Hoge Raad en de lagere rechtspraak naar de huidige stand van het positieve recht aan deze schuldbegrippen geven.

Bij deze uiteenzettingen is geconstateerd dat alle schuldbegrippen in meer of mindere mate onderling afwijkingen vertonen met betrekking tot de gehanteerde terminologie, de toepasselijke ratio en het rechtssubject waarop het schuldbegrip van toepassing is. Ook wijkt de uitleg die naar de huidige stand van de jurisprudentie aan de verschillende schuldbegrippen wordt gegeven onderling af.

Teneinde de vraag te beantwoorden of de uitleg van de arbeidsrechtelijke schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid intern consistent is met de uitleg van vergelijkbare schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht, zijn in dit hoofdstuk de bevindingen uit het tweede en hoofdstuk 3 met elkaar geconfronteerd in de vorm van de 'TRT toets'. Deze toets heeft in de eerste plaats als doel de vraag te beantwoorden of, en zo ja, in hoeverre, er een verband bestaat tussen de TRT-gezichtspunten enerzijds en de uitleg van de onderzochte schuldbegrippen anderzijds. Als dat in voldoende mate het geval is, kan de interne consistentie tussen het arbeidsrecht en andere rechtsgebieden worden beoordeeld. Is dat niet het geval, dan moet worden geconcludeerd dat met betrekking tot de uitleg van schuldbegrippen sprake is van 'consistente inconsistentie'.

Het beeld dat de TRT-toets geeft ten aanzien van de uitleg van bewuste roekeloosheid is anders dan het beeld dat deze toets geeft ten aanzien van opzet. In ieder geval geldt wel voor beide schuldbegrippen dat het gezichtspunt 'type rechtssubject' geen belangrijke factor vormt bij de uitleg van het schuldbegrip. Aan de hand van dit gezichtspunt kan de TRT-toets daarom geen nuttige inzichten geven over de interne consistentie tussen de uitleg van het schuldbegrip binnen het arbeidsrecht en daarbuiten.

Ten aanzien van het begrip opzet kan aan de hand van het gezichtspunt 'terminologie' worden geconcludeerd dat het consistent wordt uitgelegd. Voor zover het begrip opzet geïsoleerd wordt toegepast, is het zowel binnen als buiten het arbeidsrecht terminologisch identiek. In die gevallen wordt opzet ook op dezelfde restrictieve wijze uitgelegd. Onder dat begrip vallen wel opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn, maar niet opzet als voorwaardelijk opzet. Waar opzet wordt gecombineerd met een ander – met bewuste roekeloosheid vergelijkbaar – schuldbegrip, moet onder opzet ook voorwaardelijk opzet worden verstaan. Die uitleg kan worden verklaard doordat de reikwijdte van het schuldbegrip waarmee opzet in die gevallen wordt gecombineerd, het domein van voorwaardelijk opzet grotendeels overlapt en zelfs ruimer is. Dit betekent dat een ruimere uitleg van het opzetbegrip geen rechtsgevolgen heeft, omdat in het geval sprake is van voorwaardelijk opzet, ook al sprake is van het minder restrictieve schuldbegrip waarmee opzet wordt gecombineerd. Daarmee is tevens duidelijk dat wanneer het begrip opzet wordt gecombineerd met een ander schuldbegrip, het begrip opzet nauwelijks zelfstandige betekenis heeft.

Waar bij het begrip opzet een duidelijk verband zichtbaar is tussen het gezichtspunt 'terminologie' en de uitleg van het begrip, moet het tegenovergestelde worden geconcludeerd bij het begrip bewuste roekeloosheid. Geconcludeerd werd dat de schuldbegrippen die terminologisch identiek zijn aan bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht, namelijk (opzet of) bewuste roekeloosheid in het contractenrecht en (opzet of) bewuste roekeloosheid in het regresrecht, qua uitleg juist sterk hiervan afwijken. Een begrip dat in terminologisch opzicht nogal sterk afwijkt van het arbeidsrecht, namelijk aan opzet grenzende roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht, staat daarentegen qua uitleg juist weer dicht bij de uitleg van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Anderzijds staat het begrip 'bewuste roekeloosheid' in het vervoersrecht, dat terminologisch dicht bij bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht staat, ook qua uitleg tamelijk dichtbij. Daarnaast staat het begrip 'ernstig verwijt' uit het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, dat terminologisch ver van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht af staat, daar ook qua uitleg ver vanaf. Al met al moet worden geconcludeerd dat niet alleen de terminologie van schuldbegrippen die vergelijkbaar zijn met bewuste roekeloosheid onderling verschilt, maar dat ook de uitleg van deze begrippen wezenlijk verschilt, zonder dat hierin een duidelijk patroon kan worden ontdekt. Daarmee is bij het begrip bewuste roekeloosheid – in tegenstelling tot het begrip opzet – met betrekking tot het gezichtspunt 'terminologie' sprake van 'consistente inconsistentie', zodat het gezichtspunt geen aanwijzing biedt voor de uitleg van het schuldbegrip.

De bevindingen bij het gezichtspunt 'ratio' vormen het spiegelbeeld van de bevindingen bij het gezichtspunt 'terminologie'. De ratio van 'opzet' als morele onder-

grens voor verzekeraarbaarheid van schade komt (in zekere mate) overeen met opzet in artikel 7:629 BW. Ook de uitleg van deze opzetbegrippen komen sterk overeen. Daar staat tegenover dat de ratio van opzettelijke misleiding in titel 7.17 BW sterk afwijkt van de ratio van opzet in artikel 7:629 BW, terwijl de uitleg van beide opzetbegrippen sterk overeenkomt. De conclusie luidt daarom dat het gezichtspunt 'ratio' bij de uitleg van het opzetbegrip kennelijk geen belangrijke factor vormt.

Bij het schuldbegrip 'bewuste roekeloosheid' vormt ratio juist weer wel een belangrijke factor. De ratio die ten grondslag ligt aan bewuste roekeloosheid in artikelen 7:658 en 7:661/6:170 BW komt het meest overeen met de ratio die ten grondslag ligt aan de regelingen in het verkeersaansprakelijkheidsrecht respectievelijk het vervoersrecht. Ook de uitleg van aan opzet grenzende roekeloosheid en 'bewuste roekeloosheid' in het vervoersrecht ligt het dichtst bij de uitleg van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht. Anderzijds staat het schuldbegrip dat qua ratio het verst van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht af staat, namelijk het criterium 'ernstig verwijt' in het kader van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, hier ook qua uitleg het verst vanaf. Hetzelfde geldt voor de ratio van (opzet of) bewuste roekeloosheid in het regresrecht (voor zover het regres op de werkgever betreft) en roekeloosheid in het verzekeringsrecht. De ratio van deze begrippen is verder van het arbeidsrecht verwijderd, terwijl ook de uitleg van deze begrippen verder van het arbeidsrecht afstaat.

4.5.2 *Twee methoden van wetgeving*

Welke conclusies kunnen nu worden getrokken uit de hiervoor besproken bevindingen uit de TRT-toets? De belangrijkste conclusie luidt dat het kennelijk mogelijk is dat voor de uitleg van het ene begrip (opzet) de gekozen terminologie van belang is, terwijl voor de uitleg van het andere begrip (bewuste roekeloosheid) de ratio die aan het begrip ten grondslag ligt van doorslaggevend belang is. Die conclusie is opvallend, omdat aan de keuze voor de ene, dan wel de andere benadering een fundamenteel andere methode van wetgeving ten grondslag ligt.

Als ervoor wordt gekozen om consistentie van begrippen na te streven aan de hand van terminologie, ziet het scenario er idealiter als volgt uit. De aard van een specifieke regeling leidt tot de behoefte aan een bepaald niveau van bescherming. De wetgever (of de Hoge Raad) kiest vervolgens (uit een catalogus van binnen het privaatrecht al bestaande schuldbegrippen, waarvan de inhoud voor iedereen duidelijk is) voor een schuldbegrip dat het meeste recht doet aan het verlangde beschermingsniveau. Dit schuldbegrip wordt vervolgens binnen het hele privaatrecht consistent uitgelegd. Aan de hand van deze methode van wetgeving kunnen verschillende wegen (ratio/juridische context) naar dezelfde bestemming leiden

(gewenste niveau van bescherming/keuze voor een bepaald schuldbegrip). Zoals reeds in hoofdstuk 1 is uiteengezet, heeft deze methode de uitgesproken voorkeur van Hartlief. Volgens Hartlief wordt op deze manier recht gedaan aan zowel de behoefte aan pluriformiteit als uniformiteit. In zijn woorden: een kwestie van rationeel wetgeven en vervolgens consistent uitleggen.

Wordt er echter voor gekozen om consistentie na te streven aan de hand van de ratio van het schuldbegrip, dan ziet de wetgevingsmethode er (in de meest extreme vorm) anders uit. De ratio van het schuldbegrip leidt – evenals bij de hiervoor omschreven methode – tot de behoefte aan een bepaald beschermingsniveau. Daarna wordt echter geen aansluiting gezocht bij een al bestaand schuldbegrip, waarvan de inhoud reeds bekend is, maar wordt direct ‘doorgeschakeld’ naar de *invulling* die de rechtsregel in het licht van het gewenste beschermingsniveau moet krijgen. Vervolgens wordt aan die specifieke invulling van de rechtsregel, die aldus geheel op het gewenste beschermingsniveau is afgestemd, een schuldbegrip gekoppeld. De gekozen terminologie zegt niets over de inhoud van het schuldbegrip, omdat niet terminologische consistentie, maar de juiste functionaliteit van het schuldbegrip het doel is.

De ene methode van wetgeving verdient niet per definitie de voorkeur boven de andere. De terminologische methode heeft als voordeel, dat de inhoud van het beschermingsniveau dat het gekozen schuldbegrip levert, aanstonds duidelijk is bij lezing van de wetsbepaling of rechtsregel. De inhoud van het schuldbegrip is namelijk overal gelijk. De tweede methode heeft als voordeel dat de inhoud van het schuldbegrip in zijn eigen context volledig kan worden afgestemd op het gewenste beschermingsniveau. Er kan – met andere woorden – maatwerk worden geleverd. Hoewel de inhoud van het schuldbegrip niet direct bij lezing duidelijk zal zijn, kan die inhoud wel logisch worden verklaard aan de hand van de ratio van het begrip. De inhoud van het begrip zou bovendien (in grote lijnen) moeten aansluiten op de inhoud van schuldbegrippen met een vergelijkbare ratio, zodat de inhoud van het schuldbegrip voldoende voorspelbaar wordt.

4.5.3 *De methodische keuze is willekeurig*

Uit de TRT-toets volgt echter dat in het ene geval wordt gekozen voor de ene methode van wetgeving, terwijl in het andere geval wordt gekozen voor de andere methode. De keuze voor de methode gericht op terminologie, dan wel de methode gericht op ratio, lijkt bovendien niet door de wetgever (of de rechtspraak) te zijn gefundeerd. Daarmee komt de wijze waarop betekenis aan schuldbegrippen wordt toegekend tamelijk willekeurig over.

Dat beeld wordt alleen maar versterkt als niet alleen wordt gelet op de huidige betekenis van schuldbegrippen, maar ook wordt gekeken naar hun historische achtergrond en de wijze waarop de begrippen zich door de tijd hebben ontwikkeld. Als voorbeeld kan worden gewezen op opzet of bewuste roekeloosheid in de zin van artikel 7:658 BW. Deze begrippencombinatie was oorspronkelijk ontleend aan de regresregeling in artikel 91 WAO. Daarmee lijkt de wetgever te hebben beoogd een reeds bestaande begrippencombinatie in de regeling van artikel 7:658 BW te introduceren (methode gericht op terminologie). Bij de uitleg door de Hoge Raad wordt aan (opzet of) bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW echter een heel eigen – vooral op de eigen ratio gestoelde – betekenis toegekend (methode gericht op ratio).

Ook buiten het arbeidsrecht zien we dergelijke ontwikkelingen. Zo werd in het vervoersrecht van oudsher het begrip ‘grove schuld’ toegepast. Dit begrip had de betekenis van ‘in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld’. In de parlementaire geschiedenis is uitgebreid stilgestaan bij de ratio van de regelingen waarin het schuldbegrip werd gehanteerd. Er mag dus vanuit worden gegaan dat de wetgever in eerste instantie een op ratio gerichte wetgevingsmethode heeft toegepast. Toen bij de introductie van Boek 8 BW werd gekozen voor de formulering ‘hetzij met opzet, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’ (opzet of bewuste roekeloosheid) heeft de wetgever met die keuze uitsluitend aansluiting willen zoeken bij een formule die al uit het internationale vervoerrecht bekend was. Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever daarmee niet heeft beoogd een materiële wijziging te realiseren ten opzichte van het criterium ‘grove schuld’. Dit betekent dat de keuze van de wetgever op dat moment niet was gericht was op terminologische consistentie met – bijvoorbeeld – het criterium opzet of bewuste roekeloosheid uit het arbeidsrecht. Toch heeft de Hoge Raad er in de 5-januari-arresten voor gekozen om de uitleg van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ in het vervoersrecht te laten aansluiten op opzet of bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht (althans die uitleg dicht te benaderen). In tegenstelling tot de wetgever lijkt de Hoge Raad aldus te hebben gekozen voor uitleg gericht op terminologische consistentie.

4.5.4 *Conclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat door de wetgever en de Hoge Raad in sommige gevallen terminologische consistentie wordt nagestreefd, terwijl in andere gevallen juist consistentie op basis van ratio wordt beoogd. Waarom en in welke gevallen wordt gekozen voor de ene dan wel de andere vorm voor consistentie is niet duidelijk. Daar komt bij dat de wetgever en de Hoge Raad niet altijd op één lijn zitten als het gaat om de vraag welke vorm van consistentie moet worden nagestreefd. Dit alles komt nogal willekeurig over.

Enerzijds kan – afgaande op de huidige stand van het positieve recht – aan de hand van de TRT-toets een zekere mate van consistentie in de uitleg van schuldbegrippen worden ontwaard. Het begrip opzet vertoont consistentie op basis van terminologie. Het begrip bewuste roekeloosheid vertoont consistentie op basis van ratio. Anderzijds doet de conclusie dat de keuze voor consistentie op basis van terminologie of op basis van ratio nogal willekeurig tot stand lijkt te komen, afbreuk aan de waarde van die bevindingen. De wijze waarop de wetgever en de Hoge Raad te werk gaan met betrekking tot de uitleg van schuldbegrippen in het privaatrecht roept namelijk de vraag op of de waargenomen patronen niet vooral op toeval zijn gebaseerd.

In hoofdstuk 1 is overwogen dat bij dit onderzoek als uitgangspunt wordt genomen dat een consistente uitleg van begrippen binnen het recht de voorkeur verdient boven een inconsistente uitleg. Op basis van deze inzichten is de conclusie gerechtvaardigd dat het bepaald geen sinecure is om in de praktijk van wetgeving en rechtspraak een systeem tot stand te brengen, waarin enerzijds geen verwarring ontstaat ten aanzien van de gehanteerde terminologie en anderzijds recht wordt gedaan aan de ratio van de schuldbegrippen. Op die constatering zal in het afsluitende hoofdstuk worden voortgeborduurd en er zal worden onderzocht of een ander model de voorkeur verdient boven het huidige model.

5.1

INLEIDING

De begrippen opzet en bewuste roekeloosheid komen in het arbeidsrecht op een aantal plaatsen voor. Ook in andere deelgebieden van het privaatrecht (in het bijzonder het verbintenissenrecht) worden deze schuldbegrippen – of begrippen die daar terminologisch veel op lijken – op diverse plaatsen gehanteerd. Bij bestudering blijkt al snel dat deze begrippen niet steeds op dezelfde wijze worden uitgelegd. Dat roept de vraag op of tussen deze rechtsgebieden sprake is van inconsistentie. Met dit onderzoek is beoogd om eventuele (in)consistenties tussen de uitleg van de schuldbegrippen in het arbeidsrecht en andere deelgebieden van het privaatrecht bloot te leggen. De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat luidt:

“Is de uitleg van de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid intern consistent met vergelijkbare begrippen buiten het arbeidsrecht?”

Bij de beantwoording van deze onderzoeksvraag moet in het oog worden gehouden welke belangen een consistente begripsuitleg dient. In paragraaf 1.2 is uiteengezet dat hiermee het belang van rechtseenvoud, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wordt gediend. Ook zijn daar bij deze belangen kanttekeningen geplaatst, die bij de beantwoording van de onderzoeksvraag evenmin uit het oog mogen worden verloren. Consistente begripsuitleg vereist niet per definitie dat steeds dezelfde begrippen worden gebruikt en daaraan dezelfde betekenis wordt gegeven. De context van een begrip mag niet uit het oog worden verloren. Verscheidenheid is acceptabel, mits de variaties binnen hetzelfde kader plaatsvinden, niet te ver uiteenlopen en kan worden verklaard waarom daarbinnen verschillen bestaan. Ook mag de flexibiliteit van het systeem niet te veel onder druk komen te staan.

De onderzoeksvraag is in de voorgaande hoofdstukken in drie stappen beantwoord. Met de eerste stap, die is gezet in hoofdstuk 2, is in kaart gebracht hoe de arbeidsrechtelijke schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid naar positief recht worden uitgelegd. Verder is in dit hoofdstuk zowel de juridische en histori-

sche achtergrond als de ratio van deze schuldbegrippen in het arbeidsrecht uiteengezet. Met de tweede stap, opgenomen in hoofdstuk 3, is hetzelfde gedaan met de schuldbegrippen uit andere privaatrechtelijke rechtsgebieden. Als laatste stap moest aan de hand van de bevindingen uit het tweede en derde hoofdstuk de TRT-toets worden uitgevoerd. Deze stap is gezet in het vierde hoofdstuk. De TRT-toets houdt in dat de (in)consistentie van de uitleg van de arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid is beoordeeld aan de hand van drie gezichtspunten: (1) terminologie, (2) ratio en (3) type rechtssubject.

In het vervolg van dit hoofdstuk zal eerst een beknopt antwoord op de onderzoeksvraag worden gegeven. Vervolgens zullen enkele aanbevelingen worden gedaan. Eerst zal ervoor worden gepleit om het model waarin gebruik wordt gemaakt van schuldbegrippen te verlaten en daarvoor een model met open (verwijtbaarheids)normen in de plaats te laten treden. Daarna zal nader op de arbeidsrechtelijke open normen worden ingegaan en zullen enkele aanbevelingen worden gedaan over een nadere invulling daarvan.

5.2 BEANTWOORDING VAN DE ONDERZOEKSVRAAG

In dit onderzoek is uiteengezet dat zowel in als buiten het arbeidsrecht schuldbegrippen worden gehanteerd, die met elkaar gemeen hebben dat zij een beperking of een uitzondering op een beperking vormen. Het is gebleken dat alle schuldbegrippen ten aanzien van de gehanteerde terminologie, de toepasselijke ratio en het type rechtssubject waarop het schuldbegrip van toepassing is, in meer of mindere mate onderling afwijkingen vertonen. Ook de uitleg die naar de huidige stand van de jurisprudentie aan de verschillende schuldbegrippen wordt gegeven, wijkt onderling af.

De geconstateerde onderlinge verschillen zijn in dit onderzoek beoordeeld aan de hand van de drie TRT-gezichtspunten. Deze beoordeling had in de eerste plaats als doel de vraag te beantwoorden of, en zo ja, in hoeverre, er een verband bestaat tussen de TRT-gezichtspunten enerzijds en de uitleg van de onderzochte schuldbegrippen anderzijds. Als dat in voldoende mate het geval is, kan de interne consistentie tussen het arbeidsrecht en andere rechtsgebieden worden beoordeeld. Is dat niet het geval, dan moet worden geconcludeerd dat met betrekking tot de uitleg van schuldbegrippen sprake is van 'consistente inconsistentie'.

Deze beoordeling leidt tot het inzicht dat voor zowel opzet als bewuste roekeloosheid geldt dat het gezichtspunt 'type rechtssubject' geen belangrijke factor vormt bij de uitleg van het schuldbegrip, zodat de TRT-toets geen nuttige inzichten kan geven over de interne consistentie van de arbeidsrechtelijke uitleg van de schuldbegrippen opzet en roekeloosheid. De gezichtspunten terminologie en ratio gaven

een wisselend beeld. Bij de uitleg van het begrip 'opzet' kon consistentie worden waargenomen op basis van terminologie, maar niet op basis van ratio. Bij de uitleg van het begrip '(bewuste) roekeloosheid' kon consistentie worden waargenomen op het gebied van ratio, maar niet op het gebied van terminologie. Dit betekent dat het kennelijk mogelijk is dat voor de uitleg van het ene begrip vooral de gekozen terminologie van belang is, terwijl voor de uitleg van het andere begrip de ratio die aan het begrip ten grondslag ligt van doorslaggevend belang is.

In dit onderzoek wordt niet de voorkeur uitgesproken voor de ene dan wel de andere benadering. Wel merk ik op dat de twee benaderingen verschillende kenmerken hebben. Wordt meer belang gehecht aan terminologische consistentie, dan zal de inhoud van het beschermingsniveau dat het gekozen schuldbegrip levert bij lezing aanstonds duidelijk zijn. De inhoud van het schuldbegrip is namelijk overal gelijk. Wordt echter meer belang gehecht aan consistentie op basis van ratio, dan kan de inhoud van het schuldbegrip in zijn eigen context volledig worden afgestemd op het gewenste beschermingsniveau. Omdat is geconstateerd dat in het ene geval wordt gekozen voor de ene benadering en in het andere geval voor de andere benadering, zonder dat die keuze door de wetgever (of de rechtspraak) wordt gefundeerd, komt de wijze waarop betekenis aan schuldbegrippen wordt toegekend tamelijk willekeurig over. Dat beeld wordt nog eens versterkt als niet alleen wordt gekeken naar de huidige betekenis van de schuldbegrippen, maar ook naar hun historische achtergrond en de wijze waarop de begrippen zich door de tijd hebben ontwikkeld.

Al met al luidt het antwoord op de onderzoeksvraag dat de wijze waarop de schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid naar de huidige stand van het positieve recht in het arbeidsrecht worden uitgelegd, een zekere mate van interne consistentie vertoont met de onderzochte schuldbegrippen buiten het arbeidsrecht. Het begrip opzet vertoont consistentie op basis van terminologie. Het begrip bewuste roekeloosheid vertoont consistentie op basis van ratio. Tegelijk moet worden geconcludeerd dat de wijze waarop de wetgever en de Hoge Raad te werk gaan met betrekking tot de uitleg van schuldbegrippen in het privaatrecht willekeurig oogt. Dit roept de vraag op of de waargenomen patronen niet vooral op toeval zijn gebaseerd. Omdat toeval niet kan worden uitgesloten, doet de geconstateerde willekeur afbreuk aan de waarde van de onderzoeksbevindingen.

5.3 VERDIEN EEN ANDER OF AANGEPAST MODEL DE VOORKEUR?

5.3.1 *Drie mogelijke modellen*

Het vierde hoofdstuk is afgesloten met de vaststelling dat het niet eenvoudig blijkt om in de praktijk van wetgeving en rechtspraak een coherent systeem van schuld-

begrippen in het privaatrecht tot stand te brengen, waarin enerzijds geen verwarring ontstaat ten aanzien van de gehanteerde terminologie en anderzijds recht wordt gedaan aan de ratio van de schuldbegrippen. Dit roept de vraag op of een ander of aangepast model mogelijk is, en zo ja, of dit de voorkeur verdient boven het huidige model, zijnde een model waarin schuldbegrippen met vastomlijnde betekenissen worden gehanteerd. Het vervolg van dit hoofdstuk zal zich richten op die vraag, waarbij een bijzondere focus zal worden aangebracht op het arbeidsrecht.

Mijns inziens zijn er – op hoofdlijnen – drie modellen denkbaar, die hierna nader zullen worden toegelicht:

- I. Het streven naar consistente begripsuitleg wordt losgelaten; schuldbegrippen krijgen betekenis binnen hun eigen context.
- II. Het bestaande model van schuldbegrippen wordt ‘herijkt’, zodanig dat sprake is van een consistent(er) systeem.
- III. Het model van schuldbegrippen wordt losgelaten; in plaats daarvan wordt geopteerd voor een model met open normen.

In hoofdstuk 1 is aangegeven dat consistente begripsuitleg, als onderdeel van het meeromvattende concept van rechtseenheid, drie belangen dient: (1) rechtseenvoud, (2) rechtszekerheid en (3) rechtsgelijkheid. De vraag of een bepaald model de voorkeur verdient boven het huidige model, zal dus steeds mede moeten worden beantwoord aan de hand van de beoordeling of die belangen in het voorgestelde model beter worden gediend dan in het huidige model. In de volgende paragrafen zullen de voorgestelde oplossingsrichtingen achtereenvolgens worden besproken, waarbij de voor- en nadelen hiervan zullen worden benoemd, steeds mede in het licht van rechtseenvoud, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Daarna zal worden onderbouwd waarom de laatste van de drie oplossingsrichtingen mijn voorkeur geniet.

5.3.2 *Schuldbegrippen krijgen betekenis binnen hun eigen context*

De eerste oplossingsrichting houdt in dat het streven naar consistente begripsuitleg wordt losgelaten. Er bestaat in dat geval geen logische samenhang tussen begripsuitleg, gehanteerde terminologie en ratio die het eigen rechtsgebied of zelfs de context van de eigen bepaling overstijgt. Van een overkoepelende systematiek of kruisbestuiving tussen rechtsgebieden is geen sprake. Het wordt geaccepteerd dat begrippen die terminologisch gelijk zijn in een andere context verschillende betekenissen kunnen hebben. Omgekeerd wordt ook geaccepteerd dat begrippen die terminologisch uiteenlopen, in een verschillende context juist dezelfde betekenis kunnen hebben. In bepalingen waaraan een vergelijkbare ratio ten grondslag ligt, kan de wetgever kiezen voor verschillende schuldbegrippen die naar inhoud over-

eenkomen of – omgekeerd – juist een betekenis hebben die sterk uiteenloopt. Hebben bepalingen een heel verschillende ratio, dan kan de wetgever er toch voor kiezen om in terminologisch opzicht dezelfde schuldbegrippen te hanteren, die zowel dezelfde als een uiteenlopende betekenis kunnen hebben. Die keuze van de wetgever of de Hoge Raad kan en mag min of meer willekeurig zijn, omdat schuldbegrippen alleen betekenis krijgen in hun eigen context. Die betekenis heeft geen verdere reikwijdte dan de bepaling of rechtsregel waarin het schuldbegrip wordt gehanteerd. De uitleg die aan het schuldbegrip wordt gegeven, is volkomen afgestemd op het beschermingsniveau dat moet uitgaan van het schuldbegrip in de specifieke context waarin het begrip wordt gehanteerd.

Het praktische voordeel van dit model is dat de bestaande schuldbegrippen niet behoeven te worden gewijzigd. De wetgever hoeft niet in te grijpen door de keuze voor een schuldbegrip in een bepaalde context te wijzigen. Ook de Hoge Raad hoeft niet in te grijpen door de uitleg van schuldbegrippen te veranderen. In zoverre kan alles bij het oude blijven.

Gelet op die laatste stelling is de vraag gerechtvaardigd of de huidige praktijk niet al *is* dat schuldbegrippen uitsluitend betekenis krijgen in hun eigen context. De publicatie van het Sanders Instituut, waarnaar in hoofdstuk 1 al werd verwezen, zou die suggestie kunnen wekken.¹ De conclusie was daar dat een evident verband in de wijze waarop (bewuste) roekeloosheid in de verschillende deelgebieden van het privaatrecht werd uitgelegd, niet kon worden aangetoond. Er werd geen uniformiteit, maar vooral pluriformiteit geconstateerd.² Tegelijk kwamen de auteurs tot de conclusie dat van een zekere mate van onderlinge beïnvloeding wel sprake was. Ook in dit onderzoek is gebleken dat de wetgever en Hoge Raad de ogen niet hebben gesloten voor andere rechtsgebieden en kruisbestuiving wel degelijk heeft plaatsgevonden, zonder dat duidelijk is geworden waarom die consistentie in het ene geval wel en in het andere geval niet expliciet wordt nagestreefd. Voor zover al sprake zou zijn van een model waarin schuldbegrippen alleen in hun eigen context betekenis krijgen, wordt dat model op dit moment dus niet consequent toegepast.

Dat legt ook direct een nadeel van deze oplossingsrichting bloot. Het model zou in de praktijk alleen goed kunnen functioneren, als alle partijen die in het juridische discours bijdragen aan juridische betekenisverlening – wetgever, rechtspraak en dogmatiek – accepteren dat een consistente uitleg van schuldbegrippen niet meer hoeft te worden nagestreefd en daar ook naar handelen. Rechtszekerheid komt in

-
1. K.F. Haak, F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004.
 2. K.F. Haak, 'Intro bewuste roekeloosheid: uniformiteit of pluriformiteit?', in: K.F. Haak, F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004, p. 1-11.

het geding als men in het ene geval wel acht slaat op de betekenis van andere privaatrechtelijke schuldbegrippen, terwijl dat in een ander geval niet wordt gedaan. Die rechtszekerheid staat ook onder druk, omdat bij een grote diversiteit aan schuldbegrippen en betekenissen veel procedures nodig zullen zijn, om tot een duidelijke afbakening van de verschillende begrippen te komen.

Dat probleem geldt niet alleen voor (beroeps)juristen, maar ook (of voornamelijk) voor rechtzoekenden. Het is zeker niet ongebruikelijk dat juridische terminologie niet geheel aansluit op de betekenis van begrippen in het algemeen spraakgebruik. Dit betekent dat een vertaalslag nodig is van de (beroeps)jurist naar de rechtzoekende. Dat neemt niet weg dat het wenselijk is dat juridische terminologie *zoveel mogelijk* aansluit op het dagelijks spraakgebruik, althans daar niet al te ver vanaf komt te staan. Bovendien mag de rechtzoekende verwachten dat als een term – zoals een schuldbegrip – een bepaalde juridische betekenis heeft gekregen, die betekenis op zijn minst consistent wordt gehanteerd. De juridische (taal)werkelijkheid komt wel heel ver van de dagelijkse (taal)werkelijkheid te staan, als er niet alleen een verschil bestaat tussen de juridische en de dagelijkse betekenis van termen, maar er bovendien – op niet consistente wijze – verschil bestaat tussen de juridische begrippen onderling. Zo bezien komt niet alleen de rechtszekerheid, maar ook de rechtseenvoud met het voorgestelde model onder druk te staan

Bovendien ontstaat er een bedreiging voor de rechtsgelijkheid. De neiging tot het vinden van consistentie binnen het recht is zo diepgeworteld in zowel de praktijk van wetgeving als van rechtsvinding, dat het moeilijk is voor te stellen dat die neiging eenvoudig terzijde kan worden geschoven als het gaat om de uitleg van schuldbegrippen. Zeker omdat schuldbegrippen in dat geval een uitzondering zouden vormen op de regel dat consistentie binnen het (privaat)recht *wel* zoveel mogelijk wordt nagestreefd.³ Mogelijk zal in zaken die niet in relevante mate van elkaar verschillen tot andere uitkomsten worden gekomen, als rechters bij de uitleg van schuldbegrippen in de ene zaak acht slaan op consistentie en in de andere zaak uitsluitend betekenis willen toekennen aan een begrip in de specifieke juridische context waarin het wordt gehanteerd of in de context van de zaak die op dat moment aan de rechter wordt voorgelegd.

Om die hiervoor uiteengezette redenen komt de oplossingsrichting waarbij schuldbegrippen enkel en alleen betekenis krijgen binnen hun eigen context in onvol-

3. Zoals we reeds zagen in het inleidende hoofdstuk beschouwt de Hoge Raad het streven naar eenheid van het recht als zijn eerste 'raison d'être'. Begrippen die in meerdere rechtsgebieden een rol spelen, moeten zo mogelijk dezelfde inhoud hebben. Alleen als de functie van een begrip het toelaat dat het verschillend wordt uitgelegd of aan die functie tekort zou worden gedaan als het ongedifferentieerd zou worden uitgelegd, is op dit uitgangspunt een uitzondering mogelijk. Zie Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, p. 27.

doende mate tegemoet aan het belang van rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Om die reden geniet het model niet mijn voorkeur.

5.3.3 *Twee alternatieven: regelgeleide of casuïstische rechtsvinding*

In de volgende twee paragrafen zullen twee andere oplossingsrichtingen worden besproken. De eerste van deze twee oplossingsrichtingen (zie paragraaf 5.3.4) houdt in dat wordt vastgehouden aan het huidige model, waarin gebruik wordt gemaakt van schuldbegrippen met een (in meer of mindere mate) vastomlijnde betekenis. De keuze voor die oplossingsrichting vereist wel dat het huidige model wordt ‘herijkt’ en de in dit onderzoek geconstateerde bezwaren worden geëlimineerd. De andere oplossingsrichting (zie paragraaf 5.3.5) houdt in dat het model van schuldbegrippen wordt losgelaten en in plaats daarvan wordt geopteerd voor een model met open normen.

Als wordt geopteerd voor een model waarin gebruik wordt gemaakt van ‘gesloten normen’, zoals een model met schuldbegrippen die een vaste definitie hebben, dan brengt dat met zich dat wordt gekozen voor regelgeleide rechtsvinding (vaak ook aangeduid met de Engelse term ‘hard and fast rules’).⁴ Dit type rechtsvinding wordt doorgaans tegenover ‘casuïstische’ rechtsvinding geplaatst. Een model met open normen is daar een uitgesproken voorbeeld van. Als wordt geopteerd voor dat model, wordt gekozen voor een type rechtsvinding aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. De voor- en nadelen van casuïstische rechtsvinding en regelgeleide rechtsvinding zijn daarom, zoals zal blijken, in grote lijnen ook van toepassing op de twee oplossingsrichtingen die hierna zullen worden besproken.

5.3.4 *Herijking van het bestaande model van schuldbegrippen*

Een ‘herijking’ van het bestaande model zou betekenen dat (op de plaatsen waar dat nodig is) ofwel wijziging wordt aangebracht in de uitleg van het schuldbegrip, ofwel door de wetgever of de Hoge Raad een ander schuldbegrip wordt gehanteerd. Voordat herijking van het bestaande model kan resulteren in een intern consistent(er) systeem van schuldbegrippen, zijn de volgende stappen nodig:

- Er wordt een principiële keuze gemaakt voor het gezichtspunt dat bepalend is voor de consistentie in begripsuitleg: er wordt ofwel gekozen voor consistentie aan de hand van terminologie, ofwel voor consistentie aan de hand van ratio;

4. Zie hierover H.S. Taekema, J.A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 24-28.

- De gekozen methode wordt consequent gevolgd bij de vorming van het recht, zowel door de wetgever als de rechtspraak (in het bijzonder de Hoge Raad);
- De bestaande schuldbegrippen en de uitleg/betekenis daarvan worden vanuit het oogpunt van de gekozen methode ‘herijkt’.

Als wordt geopteerd voor consistentie aan de hand van terminologie zijn daarnaast de volgende stappen nodig:

- Er wordt een inventarisatie gemaakt van de bestaande schuldbegrippen binnen het privaatrecht.
- Aan elk schuldbegrip wordt een duidelijke betekenis toegekend die consequent wordt gehanteerd.
- Als een gelijkkluidend schuldbegrip op verschillende plaatsen een verschillende betekenis/uitleg heeft, worden nieuwe schuldbegrippen aan de ‘catalogus’ met schuldbegrippen toegevoegd, om recht te doen aan die verschillende betekenissen.
- Als verschillende schuldbegrippen (zo goed als) dezelfde uitleg/betekenis hebben, worden de verschillende schuldbegrippen samengebracht in één schuldbegrip.
- Per bepaling of rechtsregel wordt geïnventariseerd wat het gewenste beschermingsniveau is.
- De op dit moment gehanteerde schuldbegrippen worden gewijzigd, als na de herijking: (1) het gebruikte schuldbegrip niet aansluit op het gewenste beschermingsniveau, (2) de betekenis van het gebruikte schuldbegrip is gewijzigd, of (3) het gebruikte schuldbegrip niet meer bestaat.

Als in plaats van consistentie aan de hand van terminologie wordt geopteerd voor consistentie aan de hand van ratio, zijn de volgende stappen nodig:

- Er wordt een inventarisatie gemaakt van de verschillende ratio’s.
- Per ratio wordt geïnventariseerd welk beschermingsniveau gewenst is.
- De uitleg van het op dit moment gehanteerde schuldbegrip moet worden gewijzigd als die uitleg niet aansluit op het in de betreffende bepaling of rechtsregel – als uitvloeisel van de ratio – gewenste beschermingsniveau.

Voordelen van herijking van het bestaande model van schuldbegrippen

Als ervoor wordt gekozen om vast te houden aan het bestaande model, waarin schuldbegrippen worden gebruikt met een vastomlijnde betekenis, dan heeft dat een aantal voordelen.

Het eerste voordeel van dit model is dat het (tot op zekere hoogte) duidelijkheid biedt. Dit komt het belang van de rechtszekerheid ten goede. Als de definitie van het schuldbegrip duidelijk is, dan zal op voorhand beter kunnen worden voor-

speld of met succes een beroep kan worden gedaan op het betreffende schuldbegrip. Bovendien is voor de rechters duidelijk welke toets moet worden aangelegd, zodat het risico dat rechtsoordelen uiteen zullen lopen beperkt(er) is. Hiermee wordt het belang van rechtsgelijkheid gediend.

Ook het belang van de rechtseenvoud zal – althans in potentie – met het model worden gediend. Een model waarin over de breedte van het privaatrecht slechts enkele schuldbegrippen worden gehanteerd, die consequent op dezelfde wijze worden uitgelegd, is eenvoudig te overzien. Om die eenvoud te bereiken is wel nodig dat het arsenaal aan schuldbegrippen niet te ver uitdijt. Door te veel schakeringen en nuances aan te brengen wordt het model eerder complexer dan eenvoudiger.

Een bijkomend voordeel van herijking van het bestaande model is dat hiermee zoveel mogelijk wordt vastgehouden aan het ‘oorspronkelijke ontwerp’. Kennelijk – zo zou kunnen worden betoogd – hebben de wetgever en de Hoge Raad ooit gekozen voor een model van schuldbegrippen met vaste definities. De vraag dient zich aan of het dan niet voor de hand om aan die keuze recht te doen door het model te verbeteren, in plaats van overboord te gooien. Door te kiezen voor een drastisch ander model bestaat het risico dat het overdrachtelijke kind met het badwater wordt weggegooid.

Nuancering van de voordelen van herijking van het bestaande model

De hiervoor genoemde voordelen van herijking van het bestaande model dienen te worden genuanceerd. Als het gaat om rechtszekerheid en rechtsgelijkheid vormen de voordelen van duidelijk gedefinieerde schuldbegrippen logischerwijs – in spiegelbeeld – de nadelen van open normen, die in paragraaf 5.3.5 aan de orde komen. Voorstanders van regelgeleide rechtsvinding zullen namelijk betogen dat open normen juist zullen leiden tot moeilijk voorspelbare uitkomsten, rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. In paragraaf 5.3.5 zullen deze argumenten daarom nader worden verkend. Daarbij zal blijken dat op de nadelen van casuïstische rechtsvinding op het vlak van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid nuance moet worden aangebracht.

Ook op het vlak van rechtseenvoud moet het voordeel van herijking worden genuanceerd. Het arsenaal aan schuldbegrippen in het privaatrecht (en bijbehorende nuances in uitleg/betekenis) is in de loop der jaren stevig uitgedijld. Als de wetgever en de Hoge Raad het nodig vonden om in de loop der jaren steeds meer differentiatie en nuanceringen aan te brengen, kan ook worden betoogd dat dit een uitvloeisel is van de gebreken die kleven aan het oorspronkelijke model. Hoewel het voorgestelde model dus de potentie heeft van de eenvoud, moet die

potentie wel eerst worden benut. Bij een steeds verder uitdijend arsenaal aan schuldbegrippen is echter eerder sprake van complicering dan vereenvoudiging.⁵

Nuancerings is ook nodig bij het laatste gesignaleerde voordeel, namelijk dat wordt vastgehouden aan het 'oorspronkelijke ontwerp'. Voor zover de wetgever en Hoge Raad al ooit een overwogen keuze hebben gemaakt voor een model met vastomlijnde schuldbegrippen (hetgeen op zijn minst kan worden betwijfeld), kan de vraag worden gesteld of het model nog wel past bij de huidige tijd. In paragraaf 5.3.6 zal namelijk worden besproken dat een model waarin wordt gekozen voor casuïstische rechtspraak veel beter aansluit bij de wijze waarop rechtsvinding in het privaatrecht momenteel plaatsvindt.

Nadelen van herijking van het bestaande model van schuldbegrippen

Tegenover de genoemde voordelen van herijking van het bestaande model van schuldbegrippen staan ook nadelen. Regelgeleide rechtsvinding door het hanteren van vaste definities heeft tot gevolg dat niet nauwkeurig recht kan worden gedaan aan de omstandigheden van het concrete geval. In een model met vastomlijnde definities is het moeilijker om nauwkeurig recht te doen aan het beschermingsniveau waar een specifieke bepalingen en rechtsregels om vraagt. Deze constatering sluit aan bij de reeds in paragraaf 1.2 genoemde kanttekening bij het belang van rechtszekerheid, dat het rechtssysteem wel voldoende flexibiliteit moet behouden. Het rechtssysteem moet open en dynamisch zijn en de rechtszekerheid mag daarvan niet ten koste gaan.

Dat probleem kan mogelijk alleen worden verholpen door een groot arsenaal aan verschillende schuldbegrippen te hanteren, waardoor meer schakeringen en nuances in het vereiste verwijt kunnen worden aangebracht. Zoals hiervoor aangegeven gaat dat echter ten koste van de rechtseenvoud.

Gebondenheid van de rechter aan een vaste definitie heeft voorts tot gevolg dat er binnen het toepassingsbereik van een wetsbepaling of rechtsregel nauwelijks ruimte bestaat voor differentiatie tussen verschillende typen van gevallen. Ook dit betekent dat niet nauwkeurig recht kan worden gedaan aan de omstandigheden van het concrete geval, waardoor de noodzakelijke flexibiliteit onder druk komt te staan.

Naast de hiervoor genoemde nadelen van juridische aard zijn er aan een herijking van het huidige systeem ook praktische nadelen verbonden. Hiervoor is uiteenge-

5. Dat probleem zou kunnen worden verholpen door het aantal schuldbegrippen terug te brengen. Daarmee wordt echter ook het aantal beschikbare 'schakeringen' teruggebracht. Hierdoor stuit de oplossing af op het nadeel dat niet langer precies genoeg recht kan worden gedaan aan het beschermingsniveau dat in de specifieke context van het schuldbegrip gewenst is.

zet wat voor een herijking van het bestaande model over de breedte van het privaatrecht nodig is. Daaruit blijkt dat een dergelijke herijking veeleer een 'harde reset' van het huidige model inhoudt, dan dat sprake is van klein onderhoud. Naar valt aan te nemen zullen de noodzakelijke wijzigingen niet minder ingrijpend zijn dan de omschakeling naar het model met open normen dat hierna zal worden besproken. Daar komt bij dat zowel de wetgever als de rechtspraak, in het bijzonder de Hoge Raad, bij de vorming van het recht consequent dezelfde methode moeten volgen. Het valt te betwijfelen of het een realistische verwachting is dat dit ook zal gebeuren. Gebeurt dit niet, dan zullen er in de rechtsvorming problemen en onduidelijkheden optreden, die ten koste gaan van het belang van rechtszekerheid.

De herijking van het huidige model van schuldbegrippen is bovendien een momentopname. Niet valt uit te sluiten dat na verloop van tijd weer afwijkingen van de vastgestelde standaard zullen optreden. Met andere woorden: vasthouden aan het bestaande model van schuldbegrippen betekent dat – om de rechtseenvoud te blijven bewaken – het proces van herijking geregeld zal moeten worden herhaald.

5.3.5 *Geen schuldbegrippen, maar een model met open normen*

Open normen zijn in het privaatrecht een zeer gebruikelijk fenomeen. Alleen al binnen titel 7.10 BW komt een groot aantal van dergelijke normen voor. Zo zijn werkgever en werknemer op grond van artikel 7:611 BW verplicht zich tegenover elkaar als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen; een opener geformuleerde norm dan deze valt moeilijk voor te stellen. Maar ook binnen nauwer afgebakende leerstukken vinden we open normen. Oorzaken die 'in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoren te komen' als bedoeld in artikel 7:628 lid 1 BW, 'gewichtige redenen' die zich verzetten tegen vaststelling van de vakantie overeenkomstig de wensen van de werknemer als bedoeld in artikel 7:638 lid 2 BW, een 'onbillijke benadeling' van de werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever als bedoeld in artikel 7:653 lid 3 sub b BW en 'zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren' als bedoeld in artikel 7:678 lid 1 BW zijn slechts enkele voorbeelden.

Ook buiten het arbeidsrecht vinden we open normen. Zo valt in het verzekeringsrecht te denken aan een misleiding die het verval van het recht op uitkering 'niet rechtvaardigt' als bedoeld in artikel 7:941 BW of het recht op een 'billijke vergoeding' als bedoeld in artikel 7:938 lid 1 BW en een 'naar billijkheid' verminderde lopende premie als bedoeld in artikel 7:939 BW. In het kooprecht kan bijvoorbeeld

worden gewezen op artikel 7:21 lid 1 sub c BW, waarin is bepaald dat de koper in geval van non-conformiteit vervanging van de geleverde zaak kan eisen, tenzij 'de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen'.

Een model met open normen in plaats van schuldbegrippen

Het model met open normen dat in dit hoofdstuk wordt besproken, houdt in dat *via een als open norm geformuleerde afweging* een koppeling wordt gelegd tussen de gedraging enerzijds en het rechtsgevolg anderzijds. Daarmee is de norm niet alleen open, maar ook zo geformuleerd dat de inhoud contextafhankelijk is. De precieze formulering van de norm hangt af van de vraag of de norm invulling geeft aan een beperking of een uitzondering op een beperking. Verder zal de formulering van de norm ervan afhangen of hiermee invulling wordt gegeven aan de morele ondergrens, dan wel aan een omslagpunt in een risicoverdeling. In tabel 5.1 is schematisch weergegeven hoe de formuleringwijze van de open norm eruit zou kunnen zien. De linker kolom geeft een mogelijke formulering weer voor gevallen waarin de norm invulling geeft aan een *beperking*. De rechter kolom geeft een mogelijke formulering weer voor gevallen waarin de norm invulling geeft aan een *uitzondering op een beperking*. Binnen deze twee kolommen zijn vervolgens twee varianten weergegeven: de variant waarmee invulling wordt gegeven aan de morele ondergrens en de variant waarmee invulling wordt gegeven aan een omslagpunt in een risicoverdeling.

Tabel 5.1

Beperking	Uitzondering op een beperking
<p><i>Morele begrenzing aan bescherming:</i></p> <p>[Hoofdregeel] geldt niet indien [actor] een zodanig verwijt kan worden gemaakt dat [hoofdregeel] in redelijkheid niet van [wederpartij] kan worden gevegd.</p>	<p><i>Morele begrenzing aan bescherming:</i></p> <p>[Beperking] geldt niet indien [actor] een zodanig verwijt kan worden gemaakt, dat in redelijkheid voor [actor] geldt dat [hoofdregeel].</p>
<p><i>Omslagpunt in risicoverdeling:</i></p> <p>[Hoofdregeel] geldt niet indien [actor] een zodanig verwijt kan worden gemaakt dat [financiële consequentie] in redelijkheid niet voor rekening van [wederpartij] behoort te komen.</p>	<p><i>Omslagpunt in risicoverdeling:</i></p> <p>[Beperking] geldt niet indien [actor] een zodanig verwijt kan worden gemaakt dat [financiële consequentie] in redelijkheid voor rekening van [actor] behoort te komen.</p>

Voordelen van een model met open normen

Een model waarin wordt gekozen voor open normen levert een aantal voordelen op. In de eerste plaats moet worden benadrukt dat met de keuze voor een model van open normen het model van schuldbegrippen geheel wordt losgelaten. Bij een model waarin schuldbegrippen worden gehanteerd, wordt de gedraging *via de*

band van het schuldbegrip gekoppeld aan het rechtsgevolg. Daarvoor is nodig dat aan het schuldbegrip een vaste definitie wordt gegeven. De wetgever (of Hoge Raad) heeft vooraf bepaald dat een rechtsgevolg gerechtvaardigd is, als een gedraging aan de kenmerken voldoet die in de definitie van het schuldbegrip zijn versleuteld. Voor een geslaagd beroep of het rechtsgevolg zal de rechter steeds aan de kenmerken van de definitie moeten toetsen.

Daarin verschilt het model met schuldbegrippen van het model met open normen. De formulering ‘zodanig verwijt...dat’ moet niet als een ‘nieuw’ schuldbegrip worden beschouwd. Bij een open norm wordt niet via de band van een schuldbegrip met een vastomlijnde definitie, maar via de band van *een als open norm geformuleerde afweging* een koppeling wordt gelegd tussen de gedraging enerzijds en het rechtsgevolg anderzijds. De afweging of een bepaalde gedraging een bepaald rechtsgevolg rechtvaardigt vindt aldus niet vooraf plaats, maar in de concreet voorliggende zaak. Dit heeft als gevolg dat de als open norm geformuleerde afweging geen vastomlijnde definitie vereist, waardoor wordt voorkomen dat een gedraging steeds aan vaststaande kenmerken moet worden getoetst.

Doordat het model van schuldbegrippen wordt losgelaten, hoeft niet meer te worden gezocht naar een manier om de consistentie in uitleg (definitie) van de schuldbegrippen te bewaken. Daarmee worden de problemen op het vlak van consistente begripsuitleg weggenomen. De gebruikte terminologie zal niet tot verwarring of inconsistentie leiden. Het gebruik van de formulering ‘zodanig verwijt...dat’ maakt duidelijk dat het verwijtbaarheidsniveau dat vereist is (ernstig of minder ernstig) steeds afhankelijk is van het rechtsgevolg waartoe het betreffende verwijt leidt. Via de open norm wordt een koppeling gelegd tussen de gedraging *in concreto* enerzijds en het rechtsgevolg *in concreto* anderzijds. Om die reden is het vereiste verwijtbaarheidsniveau alleen relevant in de context van de betreffende wetsbepaling of de betreffende rechtsregel.

Doordat wordt afgestapt van vaste – steeds variërende – definities, die tot verwarring kunnen leiden, wordt met een model van open normen bovendien het belang van rechtseenvoud gediend. Overigens wordt met een eenvoudig systeem niet per definitie bereikt dat de uitkomst van een procedure voorspelbaarder wordt. De gevolgen van open normen voor de rechtszekerheid zullen hierna nog aan bod komen.

Het belangrijkste streven van casuïstische rechtsvinding is billijkheid in concreto, als uitvloeisel van het streven naar rechtvaardigheid.⁶ Aan dat streven kan goed

6. H.S. Taekema, J.A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 24.

recht worden gedaan als wordt geopteerd voor een model met open normen. Via de *invulling* van de open norm kan namelijk heel precies recht worden gedaan aan de ratio van de wetbepaling of de rechtsregel en het daaruit voortvloeiende beschermingsniveau, zonder dat de (wettelijke) formulering van de regel daarvoor hoeft te veranderen. Als bijvoorbeeld het verlangde beschermingsniveau bij de ene wettelijke bepaling/rechtsregel vraagt om bewustheid van het risico dat met de gedraging gepaard gaat, zoals in de definitie van opzet of bewuste roekeloosheid ex artikel 7:658 BW, kan die invulling in de context van die wetbepaling aan het 'zodanige verwijt' worden gegeven. Als die bewustheid niet nodig wordt geacht, zodat bij de uitleg van roekeloosheid in artikel 7:952 BW, dan kan het 'zodanige verwijt' in de context van die wetbepaling zonder problemen op een andere manier worden ingevuld.

Op die manier wordt op de best mogelijke manier tegemoetgekomen aan het belang van flexibiliteit binnen het rechtssysteem. De rechter is bij de invulling van de open norm niet gebonden aan de (rigide) betekenis van vastomlijnde schuldbegrippen. De wetgever of de Hoge Raad zouden voor de invulling van open normen wel enige richting kunnen geven. Denkbaar is dat enkele voorbeelden worden gegeven van gevallen waarin sprake kan zijn van een (in de context van de betreffende rechtsregel) voldoende ernstig verwijt.⁷ Daarnaast zouden de wetgever en de Hoge Raad – als de betreffende rechtsregel zich daarvoor leent – gezichtspunten kunnen formuleren, die feitenrechters richting geven voor de invulling van de open norm in een concrete zaak.⁸ Op die wijze kan de rechtsvinding in concreto beter worden afgestemd op de feiten en omstandigheden die zich in het concrete geval voordoen. De rechter is beter in staat onderscheid te maken tussen verschillende type gevallen. Om meer houvast te geven zou – wederom: als de betreffende rechtsregel zich daarvoor leent – bij verschillende type gevallen gebruik kunnen worden gemaakt van harde(re) subregels.

In de context van artikel 7:661 BW kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een onderscheid tussen enerzijds gevallen waarin sprake is van kasverschillen of boekhoudkundige fouten door werknemers en anderzijds onvoorzichtige omgang met (waardevolle) bedrijfseigendommen. Voor een concrete beoordeling van de vraag of de werknemer in deze type gevallen aansprakelijk behoort te zijn voor de door

7. Vergelijk in dat verband de wijze waarop de wetgever in de parlementaire geschiedenis bij de Wet Werk en Zekerheid met voorbeelden sturing heeft gegeven aan de invulling van 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' in titel 7.10 BW. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34 en 40. Vergelijk ook de catalogi in artikelen 7:678 lid 2 en 7:679 lid 2 BW van voorbeelden van situaties waarin sprake kan zijn van een dringende reden voor de werkgever respectievelijk de werknemer.

8. Nadere invulling geven aan open normen is een van de functies van gezichtspuntencatalogi. Zie J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 93-95.

hem veroorzaakte schade, zullen andere feiten en omstandigheden van belang zijn. Een andere invulling van de open norm kan daarom aangewezen zijn. Een ander voorbeeld is de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de ‘eigenschuldnorm’ in artikel 7:629 lid 3 sub a BW. De wetgever en de Hoge Raad kunnen – als zij dat inderdaad nodig vinden – er ook in dit verband voor kiezen om voor bepaalde categorieën van gevallen die betrekkelijk vaak tot geschillen leiden (zoals alcoholgebruik of cosmetische ingrepen) hardere subregels te formuleren.

De wetgever of de Hoge Raad zouden tot slot sturing kunnen geven aan de invulling van de open normen door de wijze waarop deze worden geformuleerd. Daarbij zou kunnen worden geopteerd voor formuleringen als: ‘zodanig ernstig verwijt...dat’ of ‘zodanig zwaar verwijt...dat’. De wetgever en Hoge Raad zouden voorts aan de invulling van de open norm sturing kunnen geven door de wijze waarop de *afweging* tussen het verwijt en het rechtsgevolg wordt geformuleerd. Bijvoorbeeld: ‘zodanig verwijt...dat...naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is’, in plaats van ‘zodanig verwijt...dat...niet kan worden gevergd’.

Als het gaat om de exacte *formulering* van de open normen teken ik wel aan, dat hieraan in het hiervoor beschreven model niet een al te groot gewicht moet worden toegekend. Het doel van het beschreven model met open normen is juist dat uit de wettekst zelf voortvloeit dat het vereiste verwijtbaarheidsniveau in de context van de betreffende wetsebepaling of rechtsregel wordt bepaald. Dit betekent dat het vereiste niveau van verwijtbaarheid alleen betekenis krijgt als het wordt afgewogen tegen het rechtsgevolg. Termen als ‘ernstig verwijt’ of ‘zwaar verwijt’ krijgen in dit model dus een *relatieve* betekenis en geen *absolute* betekenis. Naarmate het rechts-

gevolg in de context van de bepaling of rechtsregel vraagt om een hoger beschermingsniveau, wordt ook de drempel die het vereiste ‘verwijt’ opwerpt hoger.⁹

Nadelen van een model met open normen

Hiervoor is besproken dat een model van open normen tot gevolg heeft dat problemen met consistente begripsuitleg worden vermeden (of beter gezegd: uit de weg gegaan, omdat geheel van het gebruik van begrippen wordt afgestapt). Ook zou hiermee een overzichtelijk model worden geïntroduceerd, hetgeen de rechtseenvoud ten goede komt. De vraag is echter wel hoe het zit met de andere twee in paragraaf 1.2 geconstateerde belangen van consistente begripsuitleg. Wordt met een model van open normen nu juist niet aan deze twee belangen tekort gedaan?

Het belang van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid leidt bij casuïstische rechtsvinding tot een terechte zorg. Het risico van een open norm is dat de manier waarop deze norm moet worden ingevuld zo onduidelijk is, dat rechters bij de toepassing nauwelijks houvast hebben. Dit gaat ten koste van de voorspelbaarheid van de rechterlijke toetsing en daarmee van de rechtszekerheid.¹⁰ Ook zou de verwachting kunnen worden uitgesproken dat door die onduidelijkheid verschillende rechters in vergelijkbare gevallen toch tot verschillende uitkomsten komen. Als de rechter

9. De vergelijking dient zich aan met de formulering ‘zodanig zwaarwichtig belang’ in de zin van artikel 7:613 BW. De Hoge Raad heeft recent in de Fair Play Centers-arresten geoordeeld over de vraag of aan het ‘zodanig zwaarwichtig belang’ een absolute of relatieve betekenis toekomt. De Hoge Raad beantwoordde die vraag als volgt: *“De hiervoor in 3.1.2 aangehaalde tekst en strekking van art. 7:613 BW brengen mee dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van art. 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.”* Wat moet worden verstaan onder ‘zodanig zwaarwichtig belang’ kan dus niet separaat worden beoordeeld van de belangen van de werknemer die daar tegenover staan. Wegen de belangen van de werknemer zwaarder, dan werpt ook het ‘zodanig zwaarwichtig belang’ van de werkgever een hogere drempel op. Zie HR 29 november 2019, ECLI:HR:2019:1864 (Fair Play Centers). Zie voorts van dezelfde datum ECLI:NL:HR:2019:1867, ECLI:NL:HR:2019:1869 en ECLI:NL:HR:2019:1870.

10. Waar hier wordt gesproken over voorspelbaarheid en rechtszekerheid, wordt bedoeld op de toestand waarin een norm in vergelijkbare gevallen steeds op dezelfde wijze – en daarmee consistent – wordt ingevuld. Het is van belang te onderkennen dat het hier gaat om een andere vorm van consistentie dan de consistentie die in dit onderzoek wordt onderzocht. Dit onderzoek richt zich op consistente *begripsuitleg* binnen het privaatrecht. Het gaat dan om de vraag of dezelfde of vergelijkbare begrippen in verschillende wetsbepalingen of rechtsregels op dezelfde wijze worden uitgelegd. Bij eenduidige en consistente invulling van een norm gaat het echter om de vraag of een norm binnen dezelfde wetsbepaling of rechtsregel consistent wordt toegepast, zodat dezelfde of vergelijkbare gevallen kunnen rekenen op dezelfde uitkomst, ongeacht de rechter die het oordeel velt.

bij de invulling van een open norm niets heeft om op terug te vallen, bestaat het risico dat het rechtersoordeel geen uitdrukking geeft aan rechtsvaardigheid in concreto, maar vooral een uitvloeisel vormt van het subjectieve rechtsgevoel van de individuele rechter. Dit alles zou ten koste kunnen gaan van rechtsgelijkheid.

In de literatuur is door meerdere auteurs kritiek geuit op casuïstische rechtsvinding. Een van de tegenstanders is Barendrecht, die zich in zijn dissertatie fel keert tegen het gebruik van vage normen. Hij wijst op de risico's van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid, maar ook op andere bezwaren, zoals rechtsstatelijke bezwaren en het risico dat echte rechtsontwikkeling niet van de grond komt.¹¹ Zaltbommel heeft zich in vergelijkbare zin uitgelaten over het gebruik van de redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht en betoogd dat de toepassing van deze norm de ondergang van het systeem van het privaatrecht betekent.¹²

Nuancering van de nadelen van een model met open normen

Voorstanders van casuïstische rechtsvinding betwisten niet dat de genoemde bezwaren bestaan en om die reden aandacht behoeven. Zij hebben echter wel een andere visie als het gaat om de vraag hoe deze bezwaren moeten worden gewogen.¹³

In de eerste plaats stellen zij dat het maar zeer de vraag is in hoeverre *hard and fast rules* het recht in concreto op voorhand voorspelbaarder maken dan open normen. Door de beperkte mogelijkheden die de taal waarin het recht is vastgelegd ons geeft, zijn er grenzen aan de duidelijkheid die harde regels kunnen bieden. Uiteindelijk krijgen ook harde regels pas hun betekenis in een concrete context. Ter illustratie kan worden gewezen op de manier waarop bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht wordt uitgelegd. De harde regel luidt dat pas sprake kan zijn van bewuste roekeloosheid als de werknemers zich direct voorafgaand aan een gebeurtenis daadwerkelijk van het roekeloze karakter van zijn gedraging bewust is geweest. Als het gaat om de vraag wanneer nu sprake is van een roekeloze gedraging, is de Hoge Raad echter genoodzaakt terug te vallen op een vage omschrijving: het moet gaan om een gedraging waaruit een 'aanmerkelijke kans' op schade voortvloeit. Het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een 'aanmerkelijke kans' valt op voorhand wellicht even moeilijk te voorspellen als de vraag of sprake is van een 'zodanig verwijt' aan de zijde van de werknemer, dat in redelijkheid niet

11. J.M. Barendrecht, *Recht als model voor rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 66-77.

12. L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem* (diss. Amsterdam VU), W.E.J. Tjeenk Willink; Zwolle 1993.

13. Zie over de contra-argumenten H.S. Taekema, J.A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 26-28.

van de werkgever kan worden geveerd dat hij de schade van de werknemer vergoedt.

Een ander voorbeeld in arbeidsrechtelijke context betreft het schriftelijkheidsvereiste, dat geldt voor een aantal bijzondere bedingen, zoals het boetebeding, proeftijdbeding en concurrentiebeding. Op het eerste gezicht is de harde regel dat een beding schriftelijk moet zijn overeengekomen, alvorens hier rechten aan kunnen worden ontleend, voldoende duidelijk. Wordt de regel echter in concrete gevallen toegepast, dan blijkt al snel dat dit niet het geval is. Dan kunnen vragen rijzen als: is een beding nog steeds schriftelijk als het weliswaar in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, maar alleen de begeleidende brief voor akkoord is getekend?¹⁴ Is een schriftelijk beding dat niet in de arbeidsovereenkomst maar in een cao of personeelshandboek is opgenomen ook schriftelijk overeengekomen?¹⁵ Is een beding nog steeds schriftelijk overeengekomen als het in de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst is opgenomen, maar de werknemer inmiddels een andere functie is gaan vervullen, waardoor het beding zwaarder op de werknemer is gaan drukken?¹⁶ Deze vragen kunnen alleen worden beantwoord als rekening wordt gehouden met de context waarin het schriftelijkheidsvereiste wordt getoetst. Daarbij zijn onder meer de aard van het beding waarvoor het schriftelijkheidsvereiste geldt en de onderliggende belangen die het schriftelijkheidsvereiste beoogt te beschermen van belang.¹⁷

Daarmee wordt direct toegekomen aan de tweede nuancering van de nadelen van een model met open normen. Deze nuancering houdt verband met de stelling dat casuïstische rechtsvinding ten koste gaat van rechtsgelijkheid. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Gevallen die aan een rechterlijk oordeel worden onderworpen zullen in de praktijk echter zelden gelijk zijn. Verschillen tussen gevallen kunnen een andere benadering rechtvaardigen. Om de verschillen tussen gevallen in een rechtsoordeel te kunnen betrekken, zal acht moeten worden geslagen op de omstandigheden van het concrete geval. Om die reden is niet zozeer de uniformiteit van rechtsoordelen van belang, maar veeleer de generaliseerbaarheid van die oordelen. Daarvoor is niet nodig dat een regel steeds op exact dezelfde wijze wordt toegepast, maar vooral dat de onderliggende beginselen en de ratio van een rechtsregel eenduidig bij het rechtsoordeel

14. HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113, m.nt. Vegter (Philips/Oostendorp).

15. HR 18 maart 2011, *JAR* 2011/18, m.nt. Zondag (Wegener).

16. HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 467 en *NJ* 1979, 468, m.nt. Stein (Brabant/Van Uffelen); HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/57, m.nt. Loonstra & Zondag (AVM Accountants/Osinga en Spaan).

17. Om die reden spreekt Houweling ook over 'contextuele schriftelijkheid'. Zie A.R. Houweling, 'Schriftelijke bedingen in het arbeidsrecht en de noodzakelijke devaluatie van het schriftelijkheidsvereiste', in: J.H. Even e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke bedingen. Themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2012, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 25 e.v.

worden betrokken. Zo bezien verzet rechtsgelijkheid zich niet op voorhand tegen casuïstische rechtsvinding.

Een goed voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad dit ook in arbeidsrechtelijke context al eens onder woorden heeft gebracht, is het arrest Van de Grijp/Stam.¹⁸ In dit arrest was de vraag aan de orde of de (inmiddels niet meer bestaande) vergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging kon worden gebaseerd op een algemene formule. Argumenten die pleitten voor een dergelijke formule waren dat de wijze waarop de hoogte van de vergoeding zou worden bepaald hiermee zou worden geüniformeerd, hetgeen de rechtsgelijkheid ten goede zou komen. Bovendien zou de uitkomst van een gerechtelijke procedure hierdoor beter voorspelbaar worden, hetgeen de rechtszekerheid ten goede zou komen. Desalniettemin keurde de Hoge Raad de toepassing van een dergelijke formule af. In dat verband oordeelde de Hoge Raad als volgt.

“Hoewel de door het hof beoogde voorspelbaarheid van dit soort van frequent voorkomende beslissingen, mede in verband met de rechtszekerheid, een belangrijk gezichtspunt is, kan ook daarin niet een rechtvaardiging worden gevonden voor het hanteren van een zo globale maatstaf dat afbreuk wordt gedaan aan de hiervoor uiteengezette aard van de vergoeding en de daarmee samenhangende wijze van begroting ervan. Uit het hiervoor overwogene volgt dat de voorspelbaarheid van beslissingen waarbij deze vergoeding wordt toegekend, in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop deze beslissingen tot stand zijn gekomen, met name wat betreft de factoren die bij de bepaling van de vergoeding een rol spelen. Daarbij is overigens denkbaar dat de rechters die over deze vergoedingen beslissen, een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren.”

Aldus wordt het belang van voorspelbaarheid (rechtszekerheid) door de Hoge Raad gerelativeerd. Van groter belang is dat in een concrete zaak recht wordt gedaan aan de aard van de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De rechter zal wel inzicht moeten geven in de factoren die tot het oordeel over de hoogte van de vergoeding hebben beleid. Daarmee wordt het rechterlijk oordeel toetsbaar en generaliseerbaar. Ook kunnen (na verloop van tijd) patronen worden herkend in de factoren die aan rechterlijke oordelen ten grondslag worden gelegd. Dat geldt zeker als door de wetgever of in de rechtspraak gezichtspunten of zelfs

18. HR 27 november 2011, JAR 2009/305 (Van de Grijp/Stam).

harde subregels worden geformuleerd.¹⁹ Daarmee wordt het gewicht van het argument dat open normen zouden leiden tot rechtsonzekerheid sterk genuanceerd.

5.3.6 *Conclusie: een keuze voor open normen*

Hiervoor zijn de voor- en nadelen van de drie alternatieven voor het huidige model van schuldbegrippen uiteengezet, met het doel te beoordelen of een ander of aangepast model de voorkeur verdient boven het huidige model. Om dat te beoordelen zijn mede de belangen betrokken die met consistente begripsuitleg worden gediend: rechtseenvoud, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het eerste alternatief houdt in dat het streven naar consistente begripsuitleg wordt losgelaten, waardoor schuldbegrippen alleen betekenis krijgen binnen hun eigen context. Deze oplossingsrichting stuit mijns inziens af op de in paragraaf 5.3.2 omschreven nadelen. Het tweede voorgestelde model houdt in dat het bestaande model van schuldbegrippen wordt 'herijkt', zodanig dat sprake is van een consistent(er) systeem. Het derde voorgestelde houdt in dat het model van schuldbegrippen geheel wordt losgelaten: in plaats daarvan wordt geopteerd voor een model met contextafhankelijk geformuleerde open normen.

Het tweede voorgestelde model – herijking van de schuldbegrippen – betekent in wezen een optimalisering van het bestaande model. Daarvoor bestaan goede argumenten, die in paragraaf 5.3.4 zijn uiteengezet. Hoewel dit onderzoek uitwijst dat de consistentie van begripsuitleg in het bestaande model suboptimaal is, komt daarbij dat de praktijk in de meerderheid van de gevallen goed met het bestaande model uit de voeten kan. In vergelijking met het derde voorgestelde model – open normen – stuit het tweede voorgestelde model toch af op de in paragraaf 5.3.4 beschreven nadelen. De beschreven voordelen kunnen die nadelen niet compenseren, zeker in het licht van de in paragraaf 5.3.5 beschreven nuanceringen.

Gelet op de geschetste voordelen van het omschreven model van open normen en de nuancering die kan worden aangebracht op de nadelen van een dergelijk model, gaat mijn persoonlijk voorkeur uit naar het derde voorgestelde model. Die keuze is mede ingegeven door de omstandigheid dat een model met open normen aansluit bij de wijze waarop de Hoge Raad in het privaatrecht doorgaans aan

19. Overigens zal er altijd discussie blijven bestaan over de mate waarin gezichtspunten of subnormen erin slagen de voorspelbaarheid van rechterlijke oordelen te vergroten. Zo verschillen Sagel en Quist van mening over de vraag of vooraf voldoende voorspelbaar is of de rechter zal oordelen dat sprake is van een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 BW. Sagel concludeert dat de voorspelbaarheid voldoende gewaarborgd is; Quist concludeert het tegenovergestelde. Dat terwijl zij beiden voor de beantwoording van deze vraag uitvoerig onderzoek hebben gedaan naar lagere rechtspraak. Zie S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer; Kluwer 2013, p. 446 e.v. en J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 560 e.v.

rechtsvinding doet. *Hard and fast rules* zijn in de huidige tijdsgeest eerder uitzondering dan regel, zeker in het arbeidsrecht. Eerder is de Hoge Raad geneigd om rechtsgevolgen afhankelijk te stellen van de omstandigheden van het geval. Maatwerk in plaats van convectie is het devies.

De wetgever heeft met de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) recentelijk nog een poging gedaan om in het ontslagrecht meer *hard and fast rules* te introduceren, met als doel het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en goedkoper te maken.²⁰ De Hoge Raad lijkt echter bij de uitleg van de wettelijke bepalingen uit de WWZ de wijze van rechtsvinding juist in een tegengestelde richting te duwen. Voorbeelden daarvan zijn er in overvloed. In de Ecofys-beschikking heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wat in het kader van artikel 7:669 lid 3 sub d BW van een werkgever kan worden gevergd ter verbetering van het functioneren van de werknemer, alsmede op welke wijze een en ander moet worden vastgelegd, afhangt van de omstandigheden van het geval.²¹ Een ander voorbeeld vormt de Tata Steel-beschikking. Hierin stelde de werknemer zich op het standpunt dat het hof ten aanzien van artikel 7:669 lid 3 sub g BW een onjuiste maatstaf had aangelegd, door niet expliciet te oordelen (en te onderbouwen) dat sprake was van een 'ernstig' en 'duurzaam' verstoorde arbeidsrelatie. Een enkel redelijkheidsoordeel zou volgens de werknemer niet volstaan. De Hoge Raad deed de zaak af op grond van artikel 81 RO.²² Over de toepasselijkheid van de d-grond en de g-grond heeft de Hoge Raad bovendien geoordeeld dat niet hoeft te worden 'bewezen', waar nodig met behulp van het bewijsrecht, dat sprake is van de omstandigheden genoemd in artikel 7:669 lid 3 sub d en sub g BW. De rechter zal moeten onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van deze door de werkgever aangevoerde ontslaggrond. Daarbij heeft de werkgever bovendien een zekere beoordelingsvrijheid.²³ In de Amsta-beschikking wordt de rechter grote vrijheid gegeven om aan de hand van de omstandigheden die zich in het concrete geval voordoen een voorziening te treffen als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW.²⁴ Ook bij de vaststelling van de hoogte van een billijke vergoeding hangt veel af van de omstandigheden van het geval.²⁵

Inmiddels is ook de wetgever zelf tot inkeer gekomen. Met ingang van 1 januari 2020 is aan artikel 7:669 lid 3 een nieuwe ontslaggrond toegevoegd (de i-grond), op basis waarvan de arbeidsovereenkomst ook kan worden ontbonden als sprake is

20. Zie hierover S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2014.

21. HR 14 juni 2019, JAR 2019/182, m.nt. Van Zanten-Baris.

22. HR 24 mei 2019, JAR 2019/273.

23. HR 16 februari 2018, JAR 2018/72, m.nt. Koole (Decor) en HR 16 februari 2018, JAR 2018/73, m.nt. De Graaf (Bossers & Cnossen).

24. HR 25 januari 2019, JAR 2019/57, m.nt. Hogewind-Wolters (Amsta).

25. HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris (New Hairstyle).

van een combinatie van ontslaggronden. De belangrijkste reden voor die toevoeging was dat de rechters in het gesloten stelsel van ontslaggronden de arbeidsovereenkomst niet konden ontbinden, als niet was voldaan aan een van de redelijke gronden, terwijl in redelijkheid niet van de werkgever gevraagd kon worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Rechters konden daardoor onvoldoende maatwerk leveren.²⁶

Bovendien wordt ook bij de wijze waarop schuldbegrippen in het privaatrecht worden uitgelegd niet altijd gebruik gemaakt van een vastomlijnde definitie. Daarbij valt op dat naarmate de rechtspraak van de Hoge Raad recenter is, ook de definitie van het schuldbegrip minder vastomlijnd lijkt te zijn. In Pollemans/Hoondert uit 1996 gaf de Hoge Raad nog een eenduidige definitie van bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW. Ook de 5-januari-arresten uit het vervoersrecht (Overbeek/Cigna en Van der Graaf/Philip Morris) uit het jaar 2001 geven een eenduidige definitie. In het Pesti-arrest was de Hoge Raad al minder absoluut in zijn formulering, door te oordelen dat voor aan opzet grenzende roekeloosheid 'in beginsel' bewustheid van het gevaar bij het slachtoffer vereist is, waarmee de rechter al enige ontsnappingsruimte lijkt te worden gegund. Nog minder concreet is de formulering in het arrest Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid uit het jaar 2009. Er moet sprake zijn van een aan de leiding van de onderneming te wijten 'falende organisatie' van de bewuste, risicovolle, werkzaamheden binnen de onderneming. De nadere inkleuring van dat criterium heeft de Hoge Raad aan de feitenrechter overgelaten. Ook in het arrest Telfort/Scaramea uit het jaar 2008 zijn de omstandigheden van het geval van belang voor de conclusie dat het handelen van de betrokken onderneming dusdanig verwijtbaar is, dat uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Aldus lijkt dat een algehele overstap naar een model met open normen niet een geheel nieuwe ontwikkeling zou zijn, maar veeleer een voortgang op de weg die de Hoge Raad al is ingeslagen.

De voordelen die verbonden zijn aan het voorgestelde model met open normen gelden niet alleen voor het arbeidsrecht, maar ook voor de andere deelgebieden van het privaatrecht. Ik ben er daarom voorstander van dat een dergelijk stelsel ook buiten het arbeidsrecht wordt toegepast. Omdat dit onderzoek in de eerste plaats arbeidsrechtelijk van aard is, zal ik mij bij de nadere concretisering van deze aanbeveling beperken tot de plaatsen waar op dit moment de arbeidsrechtelijke schuldbegrippen opzet en bewuste roekeloosheid worden gehanteerd.

26. *Kamerstukken II 2018/19, 35 074, 3, p. 54.*

5.4 OPEN VERWIJTBAAARHEIDSNORMEN IN HET ARBEIDSRECHT

Nu hiervoor is gepleit voor een stelsel van open verwijtbbaarheidsnormen in plaats van schuldbegrippen, rijst de vraag hoe deze open normen in het arbeidsrecht zouden kunnen worden geformuleerd en ingevuld. Ik zal die vraag hierna achtereenvolgens beantwoorden voor het begrip bewuste roekeloosheid in de context van artikel 7:658 lid 2 BW, artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW en artikel 7:611 BW. Vervolgens zal die vraag worden beantwoord ten aanzien van het begrip opzet in artikel 7:629 lid 3 sub a BW.

5.4.1 De open verwijtbbaarheidsnorm van artikel 7:658 BW

In het huidige artikel 7:658 BW wordt in het eerste lid de zorgplicht van de werkgever omschreven. De reikwijdte van deze zorgplicht is in dit onderzoek niet aan onderzoek onderworpen en zal daarom niet ter discussie worden gesteld. Uit het tweede lid volgt de regel met betrekking tot de vestiging van aansprakelijkheid. Het tweede lid luidt als volgt:

“De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.”

Hieruit blijkt dat ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ als bedoeld in artikel 7:658 BW is geformuleerd als een beperking op de hoofdregel, te weten aansprakelijkheid van de werkgever. Opzet of bewuste roekeloosheid vormt een morele begrenzing van die aansprakelijkheid. Conform het schema uit paragraaf 5.3.5 zou een geherformuleerde wetsbepaling er als volgt uit kunnen zien:

“De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de werknemer van het ontstaan van de schade een zodanig verwijt kan worden gemaakt, dat aansprakelijkheid van de werkgever voor die schade in de gegeven omstandigheden niet gerechtvaardigd is.”

De vraag is voorts of aan het ‘zodanige verwijt’ in de context van artikel 7:658 BW een nadere invulling kan worden gegeven. Op basis van de huidige stand van de rechtspraak behoort bij die invulling in ieder geval rekening te worden gehouden met het ervaringsfeit dat ‘het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt’. Aan dit gezichtspunt moet – als ondergrens van het gewenste beschermingsniveau – in voldoende mate tegemoet worden gekomen. Het is echter de

vraag of bij de invulling van de open norm in alle gevallen zou moeten worden verlangd dat de werknemer zich direct voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust is geweest van de omstandigheid dat zijn gedraging gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op schade.

In de literatuur is op de uiterst beperkte uitleg van bewuste roekeloosheid veel kritiek geuit.²⁷ Deze uitleg is met name in relatie tot artikel 7:658 BW bekritiseerd.²⁸ Hartlief meent bijvoorbeeld dat de bescherming van werknemers tegen de gevolgen van de (soms ernstige) fouten die zij tijdens werktijd kunnen maken, niet zo ver zou moeten gaan, dat werknemers die herhaaldelijk instructies van hun werkgever in de wind slaan en zich begeven op gevaarlijke plaatsen waarvoor zij voor het verrichten van hun werkzaamheden niet behoeven te zijn, tegen de gevolgen van hun daden worden beschermd. Voor een zo vergaande bescherming tegen eigen fouten is naar de mening van Hartlief binnen het aansprakelijkheidsrecht geen plaats.²⁹ Klaassen wijst op de preventieve werking als functie van het aansprakelijkheidsrecht. Volgens haar gaat van een irreëel of althans als onvoorspelbaar ervaren gedragsnorm weinig of geen preventieve werking uit. Om die reden is zij kritisch op de beperkte mogelijkheden van een werkgever om aan aansprakelijkheid te ontkomen, door aan te tonen dat de schade aan 'eigen schuld' van de werknemer te wijten is.³⁰ Ook Loonstra en Zondag zijn kritisch op de beperkte uitleg van het begrip bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:658 BW. Zij wijzen erop dat het de werkgever nagenoeg onmogelijk is gemaakt om te bewijzen dat schade in belangrijke mate het gevolg is van bewuste roekeloosheid van de werknemer. Een te beperkte uitleg van het begrip bewuste roekeloosheid doet wat hen betreft geen recht aan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer en zij vragen zich daarom af of de werknemersbescherming hier niet te ver is doorge-

27. Zo schreef Stein in zijn annotatie bij Pollemans/Hoondert (NJ 1997, 198) al dat de term bewuste roekeloosheid in dit arrest zo eng wordt opgevat, dat men zich er nauwelijks enige betekenis van kan voorstellen. Wanneer bij iemand die herhaalde malen tegen een riskante handelwijze wordt gewaarschuwd en er niettemin mee doorgaat, van bewuste roekeloosheid geen sprake is, is volgens Stein onduidelijk wanneer zich dat dan wel voordoet.

28. Zie echter voor een positieve benadering van de beperkte uitleg van bewuste roekeloosheid, berekend vanuit cognitief psychologisch perspectief: J. Honée, 'Bewuste roekeloosheid' in het arbeidsrecht. Een verheldering van een moeilijk begrip', AA 2008/2, p. 98-106.

29. T. Hartlief, 'Van artikel 7A:1638x naar artikel 7:658 BW. Beantwoordt de regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever nog aan de noden van deze tijd?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en vijf jaar Nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 497-500.

30. C.J.M. Klaassen, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 32-33.

schoten.³¹ Een soortgelijk standpunt neemt Geers in. Hij geeft aan dat het eigenschuldverweer uit artikel 7:658 BW voor de werkgever, gezien de eisen die de Hoge Raad aan de inhoud van het begrip bewuste roekeloosheid stelt, een ‘mission-impossible’ is geworden. Geers stelt de vraag of het gewenst is dat werknemers geen enkele verantwoordelijkheid zouden hoeven dragen, hoezeer de beschermingsgedachte ook dominant mag zijn. Hij wijst erop dat naar de huidige maatschappelijke opvattingen de werknemer niet meer als louter te beschermen object wordt gezien, maar als een zelfstandig drager van rechten, bevoegdheden en plichten.³²

Uit dit onderzoek is bovendien gebleken dat het strenge toetsingscriterium uit het arrest Pollemans/Hoondert in de lagere rechtspraak niet altijd wordt gevolgd (zie par. 2.6.2). Er werd geconstateerd dat in 24% van de gepubliceerde uitspraken in plaats van een subjectieve toets een meer objectieve toets werd gehanteerd. Hieruit volgt mijns inziens dat er ook in de praktijk behoefte bestaat om de strenge subjectieve toets onder omstandigheden los te laten.

In het arrest Dieteren/Engelen lijkt de Hoge Raad de werkgever in beperkte mate tegemoet te zijn gekomen ten aanzien van het vereiste dat de werknemer zich daadwerkelijk van zijn roekeloze gedraging bewust moet zijn geweest.³³ Als uit een gedraging naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid dat de werknemer zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van dat gedrag, heeft de werkgever ten aanzien van het element ‘bewustheid’ aan zijn stelplicht voldaan. De tegemoetkoming van de Hoge Raad is echter zeer gering, omdat deze alleen betrekking heeft op de stelplicht van de werkgever, maar niet op de bewijslast. Dit betekent dat als de werknemer erin slaagt om feiten en omstandigheden te stellen die zouden kunnen ontzenuwen dat van een ‘daadwerkelijke bewustheid’ sprake is geweest – en daarvoor zal niet veel nodig zijn – dan zal de werkgever ten volle worden belast met het bewijs dat van ‘daadwerkelijke bewustheid’ sprake is geweest. Alleen het arrest Dieteren/Engelen is daarom onvoldoende om aan de kritiek in de literatuur en de behoefte uit de praktijk tegemoet te komen.

Daarvoor zal nodig zijn dat ‘objectivering’ niet alleen mogelijk is in het kader van de stelplicht, maar ook in het kader van de bewijslast. Dat is wat de Hoge Raad in het Pesti-arrest heeft geoordeeld ten aanzien van het criterium ‘aan opzet gren-

31. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, ‘De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ in titel 7.10 BW’, *ArA* 2003/3, p. 55. Vgl. A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 658-659.

32. A.J.C.M. Geers, ‘De bescherming van de Hoge Raad’, *SMA* 2003/9, p. 398-400.

33. HR 2 december 2005, *JAR* 2006/15 (Dieteren/Engelen). Het arrest had betrekking op aansprakelijkheid in het kader van artikel 7:611 BW, maar de Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat de uitleg van bewuste roekeloosheid gelijk is aan de uitleg van dit criterium in artikel 7:658 BW.

zende roekeloosheid'. De automobilist kan voor het aantonen van het bewustheidsvereiste *volstaan met het bewijs* van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid bij een voetganger of fietser mag worden afgeleid. Uit de bewezen feiten en omstandigheden hoeft alleen te kunnen worden afgeleid dat de voetganger of fietser *wist of had moeten weten*, dan wel *zich bewust moet zijn geweest* van het gevaar van zijn gedraging. Met andere woorden: het vereiste van 'daadwerkelijke' bewustheid is in het kader van de bewijslast losgelaten.

In het vierde hoofdstuk is geconcludeerd dat de ratio van het criterium 'aan opzet grenzende schuld' dicht bij de functionaliteit van bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht ligt. Mede in dat licht bezien is het voorstelbaar dat voor de invulling van de open norm van artikel 7:658 lid 2 BW in veel gevallen wordt aangesloten bij de huidige invulling van het criterium 'aan opzet grenzende roekeloosheid' in het verkeersaansprakelijkheidsrecht.³⁴ Dit zou betekenen dat de werkgever voor een geslaagd beroep op een 'zodanig verwijt' van de werknemer in beginsel kan volstaan met het stellen en zo nodig bewijzen van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat de werknemer direct voorafgaande aan het ongeval wist of had moeten weten (zich bewust moet zijn geweest) van de aanmerkelijke kans op schade als gevolg van zijn gedraging.

5.4.2 *De open verwijtbaarheidsnorm van artikelen 7:661 en 6:170 BW*

In het huidige artikel 7:661 lid 1 BW is in het eerste lid een beperking opgelegd aan de werkgever ten aanzien van de mogelijkheid om schade op de werknemer te verhalen. De wettekst luidt als volgt;

"De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald."

In artikel 6:170 BW is in het eerste lid bepaald dat de werkgever hoofdelijk aansprakelijk is tegenover derden voor schade die het gevolg is van fouten (toerekenbare onrechtmatige daden) van werknemers (of andere ondergeschikten). In het derde lid is bepaald dat als (een deel van) de schade door de gelaedeerde op de werknemer wordt verhaald, de werknemer voor de volledige som regres kan nemen op de werkgever. De wettekst luidt als volgt:

34. De opennormbenadering verzet zich er echter tegen om hiervan een regel met algemene gelding te maken. De mogelijkheid moet blijven bestaan om – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – een ander criterium aan te leggen.

“Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.”

In het geval van artikel 7:661 BW vormt het criterium ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ een uitzondering op een beperking. De hoofdregel formuleert een beperking voor de werkgever; opzet of bewuste roekeloosheid vormt hierop een uitzondering. Het criterium vormt het omslagpunt in de wettelijke risicoverdeling tussen werkgever en werknemer. Wordt het schema uit paragraaf 5.3.5 gevolgd, dan ziet de geherformuleerde wettekst er als volgt uit:

“De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de werknemer van het ontstaan van de schade een zodanig verwijt kan worden gemaakt, dat deze in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.”

In artikel 6:170 lid 3 is opzet of bewuste roekeloosheid geformuleerd als beperking. De hoofdregel luidt dat de onderlinge draagplicht volledig bij de werkgever ligt (met als gevolg dat de werknemer regres kan nemen op de werkgever). Opzet of bewuste roekeloosheid vormt op die hoofdregel een uitzondering. Ook hier vormt het schuldbegrip het omslagpunt in de wettelijke risicoverdeling tussen werkgever en werknemer. Aan de hand van het schema uit paragraaf 5.3.5 luidt de geherformuleerde wettekst als volgt:

“Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de ondergeschikte van het ontstaan van de schade een zodanig verwijt kan worden gemaakt, dat deze in redelijkheid voor rekening van de ondergeschikte behoort te komen. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.”

De herformulering van artikelen 7:661 lid 1 en 6:170 lid 3 BW heeft tot gevolg dat zowel in de eerste als in de tweede volzin een open norm is geformuleerd. Hoewel in de praktijk nauwelijks van de laatste volzin gebruik wordt gemaakt (afgezien van verkeersboetes en bestuurders), wordt de laatste volzin in de geherformuleerde bepalingen wel in stand gelaten. De reden daarvoor is dat de eerste zin alleen een open norm formuleert die betrekking heeft op verwijtbare gedragingen van de werknemer. De tweede volzin heeft nog steeds zelfstandige betekenis ten aanzien van alle *andere* omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de verhouding.

De vervolgvraag luidt hoe de open norm 'zodanig verwijt' in het kader van artikelen 7:661 BW en 6:170 BW moet worden ingevuld. In de huidige situatie, waarin zowel in artikel 7:658 BW als artikel 7:661/6:170 BW de begrippen combinatie opzet of bewuste roekeloosheid wordt gehanteerd, heeft de Hoge Raad aangegeven dat de begrippen op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd. De redenen voor deze gelijkkluidende uitleg heeft de Hoge Raad gegeven in het arrest *City Tax/De Boer*. Volgens de Hoge Raad ligt gelijke uitleg in de rede omdat: (1) de begrippen voorkomen in dezelfde titel, namelijk titel 7.10 BW en (2) aan het begrip bewuste roekeloosheid steeds dezelfde ratio ten grondslag zou liggen, namelijk de werknemer te beschermen door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met 'het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen en gereedschappen de werknemer die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is'.

Op basis van de onderzoeksbevindingen uit hoofdstuk 2 concludeer ik dat het eerste door de Hoge Raad genoemde argument een gelijkschakeling tussen artikel 7:658 en artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW in de huidige situatie al niet kan rechtvaardigen. Zo is gebleken dat artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW historisch zeer nauw met elkaar zijn verweven, maar in het BW onderdeel uitmaken van een andere titel (sterker nog: een ander boek). Toch moet opzet of bewuste roekeloosheid op dezelfde wijze worden uitgelegd. Begrippen uit een andere titel – in dit geval titel 6.3 BW – kunnen blijkbaar toch op dezelfde manier worden uitgelegd. Ook is gebleken dat opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 42 lid 2 Wvra, op basis waarvan de aansprakelijkheid van rechterlijke ambtenaren jegens de Staat wordt beperkt, op dezelfde manier worden uitgelegd als in artikel 7:658 BW. Deze bepaling maakt niet eens onderdeel uit van het BW, laat staan van dezelfde titel. Het argument dat begrippen op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd, omdat zij in dezelfde titel staan, is dus op zichzelf weinig overtuigend.

Het tweede argument – de bepalingen delen dezelfde ratio – is evenmin overtuigend. In hoofdstuk 2 is namelijk geconcludeerd dat aan opzet of bewuste roekeloosheid in artikelen 7:658 BW en 7:661/6:170 BW *niet* dezelfde ratio ten grondslag ligt. De Hoge Raad heeft in het arrest *City Tax/De Boer* weliswaar terecht gewezen op het 'ervaringsfeit' dat dagelijkse omgang met machines, werktuigen en gereedschappen er sneller toe kan leiden dat werknemers niet alle voorzichtigheid in acht nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is, maar dit 'ervaringsfeit' leidt in het kader van artikel 7:661 BW tot een andere conclusie dan in het kader van artikel 7:658 BW. Waar het 'ervaringsfeit' in artikel 7:658 BW in de sleutel staat van de zorgplicht, staat het in artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW in de sleutel van een risicoverdeling.

Het 'ervaringsfeit' is in het kader van artikel 7:658 BW versleuteld in de zware zorgplicht die op de werkgever rust. De werkgever moet reeds bij het nemen van voorzorgsmaatregelen rekening houden met dit ervaringsfeit. Daarmee strookt niet dat de werkgever al te gemakkelijk een succesvol beroep kan doen op een eigenschuldverweer. De uit de zorgplicht voortvloeiende voorzorgsmaatregelen hadden namelijk de onzorgvuldigheid van de werknemer moeten ondervangen. Aan zowel artikel 7:661 BW als artikel 6:170 lid 3 BW ligt echter de visie ten grondslag dat het in het kader van risicoverdeling billijk is als de werkgever in beginsel alle schade die de werknemer in verband met de werkzaamheden veroorzaakt draagt, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. De redenen daarvoor zijn:

- 1) De werknemer wordt door het verrichten van zijn werkzaamheden in een positie gedwongen, waarbij de kans op het veroorzaken van schade – gelet op de 'ervaringsregel' – groter is dan in normale gevallen.
- 2) Het is niet gebruikelijk dat werknemers zich voor die risico's verzekeren.
- 3) De schade die in het kader van de werkzaamheden kan worden veroorzaakt, staat in sommige situaties niet in verhouding tot het loon dat de werknemer verdient.

Omdat artikel 7:658 BW in de sleutel staat van de zorgplicht en artikelen 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW in de sleutel van een billijke risicoverdeling, ligt niet automatisch voor de hand dat het 'omslagpunt' op dezelfde plaats wordt neergelegd.

In de literatuur is door diverse auteurs gepleit voor een lichtere maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid. Jansen en Loonstra wijzen erop dat de (historische) relatie tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:661 BW altijd een oppervlakkige is geweest. Hoewel zij zich realiseren dat dit vanuit wetssystematisch oogpunt niet de schoonheidsprijs verdient, pleiten zij ervoor om opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:661 BW uit te leggen als 'ernstige verwijtbaarheid'.³⁵ Dit vanwege het feit dat dit criterium van oudsher door de Hoge Raad werd gebruikt en de werkgever niet heeft beoogd hierin een wijziging aan te brengen. Ook Vegter wijst op de verschillen tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:661 BW en komt tot de conclusie dat in situaties waarin artikel 7:661 BW van toepassing is, de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer meer voorop staat dan in situaties waarin artikel 7:658 BW van toepassing is. Zij is daarom van mening dat het billijk is om eigen schuld in het kader van art. 7:661 BW sneller aan een werknemer toe te rekenen dan in het kader van art. 7:658 BW.³⁶ Ook Houweling is kritisch op de strenge maatstaf in

35. C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Inhoud, stelplicht en bewijslast bewuste roekeloosheid', *ArA* 2006/1, p. 46-63 en in beperkte mate ook J.J.M. de Laat, 'Schade (door de werknemer aan zijn werkgever toegebracht)', *SR* 2001/11.

36. M.S.A. Vegter, 'Bewuste roekeloosheid bij het veroorzaken van schade aan de bedrijfsauto', *SR* 2006/4, p. 25-28.

artikel 7:661 BW en pleit voor een herijking dan wel herbezinning van de verwijtbaarheidsvraagstukken in titel 7.10 BW.³⁷ Laagland pleit in het kader van artikel 7:661 BW weliswaar niet voor een wijziging van de Pollemans/Hoondert-maatstaf, maar is wel van mening dat een soepeler invulling van deze maatstaf in het kader van werknemersaansprakelijkheid mogelijk is.³⁸

Ook ikzelf heb al eens een lans gebroken voor de versoepeling van de maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid.³⁹ Ik wees er toen onder meer op dat de strenge maatstaf van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak niet altijd lijkt te worden gevolgd. Daaruit leidde ik af dat er in de praktijk behoefte lijkt te bestaan aan een soepeler maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid. De bevindingen in dit onderzoek sluiten daarop aan (zie par. 2.6.3). Er werd geconstateerd dat in 31% van de gepubliceerde uitspraken in plaats van een subjectieve toets een meer objectieve toets werd gehanteerd. De conclusie dat in de lagere rechtspraak naar ruimte wordt gezocht om de strenge maatstaf te versoepelen, lijkt dus nog altijd actueel.

Door het gebruik van een open norm in artikel 7:661/6:170 BW zou aan de bezwaren uit de literatuur en de behoefte in de rechtspraak tegemoet kunnen worden gekomen. De zwaarte van het verwijt dat de werknemer moet worden gemaakt, kan bij een open norm beter worden afgestemd op de omstandigheden van het geval. Zo is denkbaar dat de zwaarte van de functie van de werknemer en de hoogte van het loon een rol spelen. Ook kan de vereiste verwijtbaarheidsgraad variëren, al naar gelang het type geval dat zich voordoet. Zo zou voor kasverschillen of boekhoudkundige fouten een andere maatstaf kunnen worden aangelegd dan voor schade die het gevolg is van bedrijfsongevallen.⁴⁰ De Laet heeft bijvoorbeeld betoogd dat wanneer sprake van schade die het gevolg is van een momentopname (zoals bij bedrijfsongevallen het geval kan zijn), een strengere maatstaf voor schuld van de werknemer moet worden toegepast dan in situaties waarbij schade ontstaat door gedragingen die zich over een langere tijd uitstrekken, zoals

37. A.R. Houweling in zijn annotatie bij Ktr. Haarlem 21 maart 2007, *JIN* 2007/192. Houweling wijst in dat verband op de tegengestelde ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad in het strafrecht, waar een objectivering (versoepeling) zichtbaar is ten aanzien van het opzetcriterium, en het arbeidsrecht, waar eerder een aanscherping van opzet of bewuste roekeloosheid lijkt plaats te vinden.

38. F.G. Laagland, 'Opzet en bewuste roekeloosheid als begrenzing voor werknemersaansprakelijkheid', *NTBR* 2015/6, p. 43-45.

39. B. Schouten, 'Opzet of bewuste roekeloosheid ex art. 7:661 BW en de behoefte aan een soepeler maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid', *TAP* 2014/5, p. 262-270. Zie voorts B. Schouten, 'De systematiek van bewuste roekeloosheid als schuld criterium bij arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidskwesties', *ArA* 2014/3, p. 22-62.

40. Ook de wetgever heeft zich gerealiseerd dat het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid' zich (taalkundig) niet goed leent voor kasverschillen of boekhoudkundige fouten, toen hij overwoog dat: "de woorden opzet en bewuste roekeloosheid (...) niet goed passen bij de gedragingen van administratief personeel". Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 17896, 8, p. 27-28.

bij handelingen van administratief personeel. Schade die over een langere tijd wordt veroorzaakt, onderscheidt zich namelijk van plotselinge gebeurtenissen doordat in de tussentijd maatregelen kunnen worden getroffen tot herstel of vermindering van de schade.⁴¹

Verder zou ik mij kunnen voorstellen dat de hoogte van de schade een relevante omstandigheid vormt voor de vraag welke maatstaf wordt gehanteerd voor aansprakelijkheid van de werknemer. De hoogte van de schade moet dan worden afgewogen tegen de hoogte van het loon van de werknemer. Daarin moet een billijke balans worden gevonden. Op die wijze kan tegemoet worden gekomen aan de overweging uit het arrest *De Bont/Zuid-Ooster*, dat moet worden voorkomen dat de werknemer wordt blootgesteld aan het risico op schade met een omvang die niet in verhouding staat tot de omvang van het loon. Gedacht kan worden aan een ‘getrapte’ aansprakelijkheid, waarbij voor schade tot een bepaald maximum – dat afhankelijk is van de hoogte van het loon – een lichtere aansprakelijkheidsmaatstaf geldt. Voor verhaal van schade die dit maximum overschrijdt zal een hogere verwijtbaarheidsdrempel vereist moeten zijn.⁴²

Hoe de open norm ook zou worden ingevuld, van belang blijft dat recht wordt gedaan aan de functie die artikelen 7:661 en 6:170 lid 3 BW thans al vervullen. Dit betekent naar mijn mening dat nog steeds sprake zou moeten zijn van een hoge drempel voor aansprakelijkheid van de werknemer. Het ‘zodanige verwijt’ zal dus nog steeds een ‘ernstig verwijt’ moeten zijn, zoals reeds volgde uit de arresten *De Bont/Zuid-Ooster* en *Posthumus/Terpstra*. Die maatstaf hoeft echter niet in alle gevallen de lat uit *Pollemans/Hoondert* te halen.

Met een strenge maatstaf wordt ook tegemoetgekomen aan het verzekeringsaspect dat speelt bij artikelen 7:661 en 6:170 lid 3 BW. Van de werknemer kan in beginsel niet worden verwacht dat hij zich verzekert tegen de soms omvangrijke schade die uit geringe fouten van de werknemer kan voortvloeien. Is de werknemer toch wel ter zake verzekerd, dan bestaat er in de regel aanleiding om alsnog het zware criterium uit 7:661 lid 1 te hanteren. Om die reden kan artikel 7:661 lid 2 (waarin ook voor artikel 6:170 lid 3 een uitzondering is opgenomen) worden gehandhaafd.

41. J.J.M. de Laat, ‘Schade (door de werknemer aan zijn werkgever toegebracht)’, *SR* 2001/11, p. 305.

42. Artikel 7.10.4.3 Voorontwerp Nieuw BW bevatte een vergelijkbare regeling. Op grond van deze bepaling werd de aansprakelijkheid van de werknemer gelimiteerd tot een bedrag gelijk aan het loon over een week. Deze limitering kon worden doorbroken als de schade door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer was veroorzaakt. Vgl. B. Barentsen in zijn annotatie bij HR 11 juli 2014, *JAR* 2014/193 over het criterium ‘geringe schade’ in het arrest *APG/Verkerk*. Hij meent dat dit criterium niet door een vast bedrag in euro’s zou moeten worden ingevuld, maar afhankelijk zou moeten zijn van de hoogte van het loon.

5.4.3 *De open verwijtbaarheidsnorm in het kader van artikel 7:611 BW*

De aansprakelijkheidsnorm die voortvloeit uit artikel 7:611 BW is niet in een wettelijke bepaling opgenomen, maar blijkt uit de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Deze is het duidelijkst verwoord in de ‘1-februari-arresten’.⁴³ Hieruit volgt dat de werkgever gehouden is om, in de specifieke gevallen waarvoor dat in de jurisprudentie is voorgeschreven, ten behoeve van de werknemer zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering. Doet de werkgever dat niet, dan is de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk en uit dien hoofde verplicht de niet door een behoorlijke verzekering gedekte schade van de werknemer te dragen. De hoogte van de schade is – met andere woorden – begrensd door hetgeen een behoorlijke verzekering in de gegeven omstandigheden zou hebben gedekt. Wat onder een behoorlijke verzekering moet worden verstaan is in de 1-februari-arresten als volgt verwoord:

“De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij mede van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.”

Het criterium opzet of bewuste roekeloosheid in het kader van artikel 7:611 BW is dus versleuteld in de omvang van de verplichting tot het sluiten van een behoorlijke verzekering. De Hoge Raad overweegt dat de dekking die een behoorlijke verzekering behoort te bieden van geval tot geval kan verschillen, maar dat schade als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer in ieder geval buiten de reikwijdte van de dekking valt.

De Hoge Raad heeft in zijn vaste jurisprudentie *niet* geoordeeld dat schade die het gevolg is van een lagere schuldgraad dan opzet of bewuste roekeloosheid in ieder geval onder de dekking van een behoorlijke verzekering zou moeten vallen. De norm die de Hoge Raad in de voorlaatste zin voorschrijft, luidt immers dat de dekking van een behoorlijke verzekering mede afhankelijk is van *de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen*. Schade als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid valt daar *in elk geval* niet onder, maar het is goed

43. HR 1 februari 2008, JAR 2008/56, m.nt. Vegter (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, JAR 2008/57, m.nt. Vegter (Kooiker/Taxi Nijverdal).

denkbaar dat ook schade als gevolg van een lagere schuldgradatie daar niet onder valt.

In dat verband moet worden verwezen naar het arrest APG/Verkerk, waarin het ging om de verzekeringsplicht van de werkgever voor schade aan een leaseauto die is veroorzaakt buiten de uitoefening van de werkzaamheden. De Hoge Raad oordeelt dat de werkgever in beginsel geen schade (van meer dan geringe omvang) op de werknemer kan verhalen als die schade wel door een ‘gebruikelijke verzekering’ zou zijn gedekt. De reden hiervoor is dat de werknemer anders kan worden blootgesteld aan een risico waarvan hij veelal niet of in onvoldoende mate zal zijn doordrongen, doordat niet hij, maar de werkgever de keuze voor de verzekering heeft gemaakt. Van belang is wat volgens de Hoge Raad onder een ‘gebruikelijke verzekering’ moet worden verstaan. De Hoge Raad zoekt in dat verband aansluiting het *wettelijke* criterium uit artikel 7:952 BW:

“Gelet op dit en en ander, brengt de eis van goed werkgeverschap van art. 7:611 BW mee dat een werkgever niet-verzeerde schade van meer dan geringe omvang niet op de werknemer kan verhalen indien deze schade wel gedekt zou zijn bij een gebruikelijke verzekering die alleen geen dekking biedt bij opzet en roekeloosheid.”⁴⁴

Doordat de Hoge Raad tevens oordeelt dat artikel 7:661 BW – en het bijbehorende criterium opzet of bewuste roekeloosheid – niet analoog van toepassing is, overweegt hij vervolgens:

“Schade die bij privégebruik van de auto is ontstaan door opzet of roekeloosheid, kan de werkgever in beginsel wel voor het geheel op de werknemer verhalen indien wet of overeenkomst daarvoor een grondslag biedt. Die schade had de werknemer immers, naar uitgangspunt mag zijn gelet op genoemde wettelijke regeling van de verzekeringsovereenkomst, ook moeten dragen als het diens eigen auto had betroffen en deze door hemzelf was verzekerd.”

Het is goed denkbaar dat de inhoud van de term ‘gebruikelijke verzekering’ ook iets zegt over de inhoud van de term ‘behoorlijke verzekering’. Als een ‘gebruikelijke verzekering’ dekking biedt tot de wettelijke schuldgraad opzet of roekeloosheid, waarom zou een ‘behoorlijke verzekering’ dan een verdergaande dekking moeten gaan dan de wettelijke dekkingsgraad? Aangezien de inhoud van een behoorlijke verzekering wordt bepaald door ‘de heersende maatschappelijke opvattingen’ over de vraag voor welke schade een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen, kan een behoorlijke verzekering naar mijn mening niet een heel andere betekenis hebben dan een gebruikelijke verzekering.

44. HR 11 juli 2014, *JAR* 2014/193, m.nt. Barentsen (APG/Verkerk).

Wat betekent dit alles nu voor een systeem waarin afscheid wordt genomen van schuldbegrippen en wordt overgestapt naar een systeem van open normen? Een overstap naar een systeem van open normen betekent in de eerste plaats dat in de rechtspraak niet meer naar schuldbegrippen hoeft te worden verwezen. Dat betekent dat de begrippen opzet of (bewuste) roekeloosheid niet meer van belang zijn. Naar mijn mening zou volstaan kunnen worden met het criterium dat de omvang van de verzekeringsplicht mede wordt bepaald door 'de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen'. Dit criterium bevat namelijk al een open norm.

Voor de vraag hoe de open norm in het kader van de verzekeringsplicht moet worden ingevuld kan in beginsel worden aangesloten bij de wettelijke begrenzing van de vergoedingsplicht in artikel 7:952 BW. Dit betekent dat de behoorlijke verzekering geen dekking hoeft te bieden voor schade die is veroorzaakt door een gedraging met een aanmerkelijke kans op schade, waarvan de werknemer zich bewust had behoren te zijn. Daaronder vallen dus situaties waarin is komen vast te staan dat de werknemer zich daadwerkelijk van de aanmerkelijke kans op schade bewust is geweest, maar ook gevallen waarin dat niet is komen vast te staan.

5.4.4 *De open verwijtbaarheidsnorm in het kader van artikel 7:629 BW*

In het huidige artikel 7:629 BW wordt in het eerste lid bepaald dat de werknemer bij arbeidsongeschiktheid gedurende in beginsel 104 weken recht heeft op loon-doorbetaling. In het derde lid zijn een aantal uitzonderingen op deze verplichting geformuleerd. Artikel 7:629 lid 3 sub a BW luidt als volgt:

"De werknemer heeft het in lid 1 bedoelde recht niet:

(...)

Indien de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt of het gevolg is van een gebrek waarover hij in het kader van een aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt en daardoor de toetsing aan de voor de functie opgestelde belastbaarheidseisen niet juist kon worden uitgevoerd"

Bij vervanging van het opzetcriterium door een open norm zal rekenschap moeten worden gegeven van de ratio van de huidige uitzondering in artikel 7:629 lid 3 sub a BW. In hoofdstuk 2 is toegelicht dat de strenge uitleg van het opzetcriterium voortvloeit uit een samenstel van belangen. In de eerste plaats is gewezen op de economische afhankelijkheid van de werknemer van zijn inkomen uit arbeid. Daarnaast is gewezen op de sociaalverzekeringsrechtelijke achtergrond van artikel 7:629 BW. Waar voorheen het risico van inkomensverlies werd gedragen door een sociale verzekeringsinstantie, is dit risico in verband met de privatisering van de ziektewet gedurende de eerste 104 weken geheel bij de werkgever neergelegd. Dit

betekent dat aan artikel 7:629 BW een (politieke) keuze met betrekking tot maatschappelijke risicoverdeling ten grondslag ligt. De balans in die risicoverdeling kan alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden omslaan in het nadeel van de werknemer. Juist om die reden wordt het opzetcriterium zeer beperkt uitgelegd.

Wordt afgezien van het schuldbegrip opzet, dan zou artikel 7:629 lid 3 sub a BW als volgt kunnen worden geformuleerd:

“De werknemer heeft het in lid 1 bedoelde recht niet:

(...)

Indien de ziekte door eigen verwijtbaar handelen is veroorzaakt, zodanig dat het recht op loondoorbetaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn of het gevolg is van een gebrek waarover hij in het kader van een aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt en daardoor de toetsing aan de voor de functie opgestelde belastbaarheidseisen niet juist kon worden uitgevoerd”

Door het gebruik van de formule ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ wordt uitdrukking gegeven aan de huidige bedoeling van het opzetbegrip, namelijk de uitzondering in artikel 7:629 lid 3 sub a BW tot zeer uitzonderlijke gevallen te beperken.

Doordat in plaats van het opzetcriterium wordt gekozen voor een open norm, krijgt de rechter meer flexibiliteit ten aanzien van de mogelijkheid om de invulling van het criterium af te stemmen op de omstandigheden van het geval. In hoofdstuk 2 werd geconcludeerd dat de wetgever bij de beperkte uitleg van het opzetcriterium in retrospectief onvoldoende oog lijkt te hebben gehad voor situaties die zich in de praktijk kunnen voordoen. Voorbeelden hiervan zijn arbeidsongeschiktheid ten gevolge van cosmetische ingrepen en alcohol- of drugsgebruik. Ook rechters hebben soms moeite met de toepassing van het opzetcriterium in gevallen waarin het niet rechtvaardig wordt geacht dat de werkgever wordt geconfronteerd met een loondoorbetalingsverplichting. Dit heeft tot gevolg dat rechters in sommige gevallen op zoek gaan naar ‘creatieve’ oplossingen, die in de meeste gevallen niet passen binnen de zeer beperkte uitleg van het opzetbegrip. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW zou in sommige gevallen kunnen voorzien in een oplossing voor uitkomsten die ‘onrechtvaardig’ worden geacht. Daarvoor is echter vereist dat de uitkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ‘onaanvaardbaar’ is. Dit is hoge drempel die niet in alle gevallen zal worden gehaald. De open norm biedt de rechter meer ruimte om in die gevallen een op de omstandigheden van het geval afgestemde uitspraak te doen.

Tot slot is een open norm geschikter om de risicoverdeling tussen de werkgever en de werknemer af te stemmen op de tijdsgeest. Maatschappelijke opvattingen over

een rechtvaardige risicoverdeling zijn immers aan verandering onderhevig. Zo is eerder overwogen dat de werknemers in de loop der tijd een steeds grotere eigen verantwoordelijkheid hebben gekregen in het kader van de re-integratie en het voorkomen van vertraging in het herstelproces. In de lijn van die ontwikkelingen past ook een (grotere) eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van het voorkomen van arbeidsongeschiktheid als gevolg van verwijtbare gedragingen. Het opzetcriterium doet – gezien de uiterst beperkte uitleg van het begrip – niet altijd recht aan die eigen verantwoordelijkheid.⁴⁵ Een open norm zou hierin verandering kunnen brengen.

5.5

SLOTOPMERKINGEN

De wijze waarop schuldbegrippen in het privaatrecht afhankelijk van hun context van gedaante kunnen verwisselen, doet denken aan een humpty-dumptyisme. Deze term (ontleend aan het Engelse *humpty-dumptyism*) betekent zoiets als: het gebruik om aan een woord een nieuwe en afwijkende betekenis te geven. Het begrip is gebaseerd op een passage uit het zesde hoofdstuk van Lewis Carrolls *Through the Looking-Glass*, het wereldberoemde vervolg op het wellicht nog bekendere *Alice in Wonderland*. Hierin discussiëren Alice en het ei-achtige wezen Humpty Dumpty over de vraag wanneer het leuker is om verjaardagscadeautjes te ontvangen: op je verjaardag (*birthday presents*) of op dagen waarop het niet je verjaardag is (*un-birthday presents*). Al snel blijkt dat Humpty Dumpty een heel eigen opvatting heeft over het gebruik van taal. Zodra Humpty Dumpty zijn punt heeft gemaakt – er zijn 364 dagen per jaar waarop je een *un-birthday present* kunt krijgen, terwijl je een *birthday present* maar op één dag kunt krijgen – volgt de volgende woordenwisseling:

“...and that shows that there are three hundred and sixty-four days when you might get un-birthday presents —’

‘Certainly,’ said Alice.

‘And only one for birthday presents, you know. There’s glory for you!’

‘I don’t know what you mean by “glory”’, Alice said.

Humpty Dumpty smiled contemptuously. ‘Of course you don’t – till I tell you. I meant “there’s a nice knock-down argument for you!”’

‘But “glory” doesn’t mean “a nice knock-down argument”, Alice objected.

45. Zie in dit verband B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss. Rotterdam), Rotterdam/Deventer: Sanders Instituut/Gouda Quint 1999, p. 297-298. Hoogendijk pleit om die reden voor een wijziging van het criterium ‘opzet’ naar ‘grove schuld’. Vgl. A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 659; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra in hun annotatie bij HR 10 december 1999, *JOR* 2000/11 en C.J. Loonstra & W.A. Zondag, ‘De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ in titel 7.10 BW’, *ArA* 2003/3, p. 69.

'When I use a word,' Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean – neither more nor less.'

'The question is,' said Alice, 'whether you can make words mean different things – that's all.'

'The question is,' said Humpty Dumpty, 'which is to be master – that's all.'"

Het verband tussen de stelling van Humpty Dumpty en de wijze waarop in het privaatrecht aan dezelfde of vergelijkbare schuldbegrippen steeds een andere betekenis wordt toegekend, is al snel gelegd. Soms gebeurt dat op basis van terminologische consistentie, soms is er consistentie op basis van ratio en soms staat het begrip helemaal op zichzelf.

Door juristen is veelvuldig naar de stelling van Humpty Dumpty verwezen.⁴⁶ Dat wekt geen verbazing: het recht is bij uitstek een talige discipline.⁴⁷ Het feit dat juristen zich in taal moeten uitdrukken, betekent ook dat zij door diezelfde taal worden begrensd in hun mogelijkheden. De uitkomsten van dit onderzoek geven aanleiding om aan te nemen dat de grens van de mogelijkheden die de taal ons biedt met betrekking tot schuldbegrippen is bereikt (en wellicht zelfs overschreden). Als de wetgever of de Hoge Raad (weer) een nieuw schuldbegrip introduceert, worden zij beperkt door het eindige scala aan woorden waarmee (ernstige) verwijtbaarheid kan worden uitgedrukt. Al snel wordt (noodgedwongen) teruggevallen op al bekende termen, of variaties daarop, zonder dat is bedoeld qua betekenis hierop aan te sluiten. In andere gevallen wordt een schuldbegrip gewijzigd om terminologisch aan te sluiten bij andere begrippen, zonder dat bedoeld is de oorspronkelijke betekenis te wijzigen. Als vervolgens betekenis moet worden toegekend aan het schuldbegrip, wordt geprobeerd een dwarsverband te leggen met andere schuldbegrippen. De aanvankelijke betekenis van die andere schuldbegrippen is inmiddels echter ook vertroebeld geraakt en de oorspronkelijke bedoeling daarvan is door de loop der jaren steeds meer op de achtergrond verdwenen. Hierdoor worden onjuiste verbanden gelegd en kunnen schuldbegrippen ten onrechte streng of juist minder streng worden uitgelegd.

46. Wellicht het meest bekende voorbeeld daarvan is de *dissenting judgment* van Lord J.R. Atkin bij het arrest *Liversidge v Anderson* van het Britse House of Lords uit 1941. In dit arrest stond de vraag centraal of de passage *"if the secretary of state thinks he has reasonable cause to believe"* ook kon worden uitgelegd als *"if the secretary of state thinks he has reasonable cause to believe"*. Vijf van de zes rechters oordeelden dat die vraag bevestigend kon worden beantwoord. Zo niet Lord Atkins. Hij overwoog het volgende: *"I know of only one authority which might justify the suggested method of construction. 'When I use a word' Humpty Dumpty said in rather scornful tone, 'it means just what I choose it to mean, neither more nor less'. 'The question is' said Alice, 'whether you can make words mean different things'. 'The question is', said Humpty Dumpty, 'which is to be master that's all'. After all this long discussion the question is whether the words 'If a man has' can mean 'If a man thinks he has'. I have an opinion that they cannot and the case should be decided accordingly."*

47. Zie bijvoorbeeld P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht: Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1931, p. 48: *"De taal is het middel bij uitnemendheid, waardoor de mensen met elkaar in betrekking treden; een ordening als die van het recht is zonder de taal niet denkbaar."* Zie ook J.A.M.P. Gaakeer, *'Recht, taal en de ordening van de werkelijkheid. Grensbepalingen, grensverkenningen en grensoverschrijdingen'*, AA 2015/07, p. 602-611.

Tegelijk is het arsenaal aan schuldbegrippen in het privaatrecht door de jaren heen alleen maar gegroeid. De begrippen verschillen in taalkundige zin weinig van elkaar. De inhoudelijke verschillen zijn soms groot, soms klein en in de meeste gevallen bijzonder technisch van aard. Hierdoor is door de decennia heen een lastig te ontrafelen kluwen van begrippen ontstaan. De arbeidsrechtelijke begrippen opzet en bewuste roekeloosheid zitten stevig in die kluwen verweven.

In dit laatste hoofdstuk is betoogd dat het wellicht beter is om over te stappen op een ander model dan het bestaande model van schuldbegrippen met een vastomlijnde betekenis. In de plaats van schuldbegrippen zou een model met open (verwijtbaarheids)normen kunnen worden geïntroduceerd. Met een dergelijk model wordt inconsistente begripsuitleg voorkomen en worden rechters beter in staat gesteld rekening te houden met de omstandigheden van het geval.

SUMMARY

Introduction and research question

This research focuses on two legal concepts of fault, namely the concepts under Dutch law of *'opzet'* and *'bewuste roekeloosheid'*. Hereinafter the concept of *'opzet'* will be translated as *'intent'* when used as a noun and *'wilful'* act or acting *'wilfully'*, when used as an adjective or adverb respectively (in Dutch: *'opzettelijk'*). The concept of *'bewuste roekeloosheid'* will hereinafter be translated as *'deliberate recklessness'*.

In Dutch employment law these concepts of fault occur in several contexts. For example, the terms occur jointly – as two alternatives – in Section 7:658(2) of the Dutch Civil Code (DCC). Pursuant to this provision, the employer is not liable for damage suffered by the employee in the performance of his duties, if the employer can prove that the damage is *'to a significant extent the result of intent or deliberate recklessness on the part of the employee'*. The concepts also occur in Sections 6:170 and 7:661 of the DCC. The basic principle in both sections is that the employee is not liable for damage caused in the performance of his duties, unless the damage is the result of intent or deliberate recklessness. The concept of intent also occurs in rules of liability which were developed by the Dutch Supreme Court on the basis of the employer's obligation to behave as a *'good employer'*. Established case law shows that the employer is obliged to take out proper insurance for damage that the employee may suffer as a result of a traffic accident that occurs to him in the performance of his duties. However, the insurance that the employer is required to take out does not have to cover damage caused by intent or deliberate recklessness on the part of the employee. In one occasion of Dutch employment law, intent is used as an isolated concept. Section 7:629(3)(a) of the DCC stipulates that an employee loses the right to continued payment of wages during his incapacity for work, if the incapacity is caused by intent on the part of the employee.

In other areas of private law, the concepts of intent and deliberate recklessness – or concepts that are terminologically very similar – are quite common as well. Upon examination, it becomes apparent that these concepts are not always interpreted in the same way. This observation raises the question whether or not there is an inconsistency between the various areas of law and, if so, whether this inconsis-

tency is undesirable. These questions touch upon the concept of uniformity of law. The concept of uniformity of law has many facets and can be looked upon from various perspectives. However, this research focuses on one specific facet of unity of law, namely the *unity of concepts* within the law.

Inspired by a study by Bloembergen in 1977, who in turn was influenced by the idea of codification and the strive for unification in an international context, this study takes as its starting point that the unity of concepts within the law serves three interests. These are: (1) simplicity of the law, (2) legal certainty and (3) equality before the law. Simplicity of the law should be understood in terms of the desire to govern the law with as few concepts and rules as possible. Simplicity means keeping the law both simple and practicable. Legal certainty is about ensuring that the law is sufficiently clear to answer the legal questions at hand. The law must enable a litigant to determine his legal position with a sufficient degree of certainty. Equality before the law means that equal cases are treated equally.

Consistent interpretation of legal concepts does not necessarily require that the same concepts are used and interpreted in the same way. In striving for legal simplicity, the context of a legal concept should not be overlooked. Diversity is acceptable, provided that the variations take place within the same framework, do not diverge too widely and it can be explained why divergences occur. In striving towards the objective of legal certainty, one should not lose sight of the necessary flexibility of the legal system. Furthermore, in striving for legal equality, one should not forget that such equality is only necessary if there are no legally relevant differences.

Bearing the above in mind, the purpose of this research is to expose any (in)consistency between the interpretation of intent and deliberate recklessness in employment law and other areas of private law. The research is conducted on the basis of the following research question:

"Is the interpretation of the concepts of intent and deliberate recklessness in employment law internally consistent with similar concepts outside employment law?"

The concepts of intent and deliberate recklessness in employment law

In order to answer to this research question, the first step that has been taken, was to examine which interpretation, in accordance with the current state of positive law, is given to intent and deliberate recklessness in Title 7.10 of the DCC, as well as the rationale behind these concepts. In order to gain a good understanding of the current state of positive law, it was also examined how the interpretation of the various concepts in employment law has developed over the years. Furthermore, an analysis was made of the indications given in parliamentary history and case

law of the Supreme Court regarding the interpretation of intent and deliberate recklessness. In addition, it was investigated how these concepts are applied in lower courts.

The conducted research shows that intent or deliberate recklessness in the context of Sections 7:658, 7:661, 6:170 and 7:611 of the DCC do not share the same historical background. Parliamentary history shows that by introducing the criterion of intent or deliberate recklessness within the framework of Section 7:658 of the DCC, the legislator did not intend to introduce a more restricted degree of fault than 'gross negligence'. With regard to Sections 7:661 and 6:170 of the DCC, parliamentary history shows that the legislator did not intend to introduce a more restricted degree of fault than 'serious culpability'. Nevertheless, the Supreme Court gave a more restricted interpretation of the combination of these concepts. Moreover, it is established case law that the interpretation of intent or deliberate recklessness as ruled by the Supreme Court should be applied in all cases, regardless of the legal context.

To date, the Supreme Court has not provided an interpretation of intent as an independent concept. The concept of deliberate recklessness has been interpreted by the Supreme Court in two rulings, namely *Pollemans/Hoondert* and *Maasman/Akzo Nobel*. These rulings combined teach us that the concept of deliberate recklessness has three characteristics. Firstly, the concept has an objective component: there must be a 'material probability' of damage. Secondly, the concept has a subjective component: immediately prior to the event causing the damage, the employee must have had 'actual awareness' of this material probability. Thirdly, as a result of the material probability of damage, the employee should have abstained from his conduct but failed to do so. The conducted research shows that in most cases the strict approach established by the Supreme Court is adopted by the lower courts. However, in a considerable number of cases an objective criterion is used, instead of the subjective criterion prescribed by the Supreme Court.

With regard to the concept of intent in Section 7:629(3)(a) of the DCC, parliamentary history offers few guidelines for interpretation. It shows that the mere risk of incapacity for work as a result of the employee's behaviour is insufficient to qualify the behaviour as wilful. In retrospect, the legislator seems to have paid insufficient attention to the scenarios that may occur in practice. Examples include incapacity for work as a result of cosmetic surgery and alcohol or drugs (ab)use.

To date, the Supreme Court has not yet ruled on the correct interpretation of intent in the context of Section 7:629 DCC. The conducted research shows that the lower courts rarely rule that incapacity for work was caused wilfully. In case law it is often held that the concept of intent in Section 7:629 of the DCC does not include

the concept of 'conditional intent' used in criminal law. At the same time, the research also shows that courts sometimes find it difficult to apply a strict interpretation of intent, because the outcome is not considered to be just and fails to take into account the employee's own responsibility to prevent incapacity for work. In some cases this results in (from the perspective of positive law) incorrect interpretations of the concept of intent. In other cases the court has looked for a 'creative' solution, in order to arrive at a just outcome.

The concepts of intent and deliberate recklessness in private law

The second step that has been taken in the process of answering the research question, was to examine other concepts of fault outside the domain of employment law, which are terminologically similar to intent and deliberate recklessness. Since the scope of this research was delineated to private law, more specifically the law of obligations, solely concepts from that particular area of law were selected for examination. In this research the following concepts of fault were selected and examined:

- intent and recklessness as referred to in Section 7:952 of the DCC as used in insurance law;
- intent or recklessness with knowledge that damage would probably result, also known as intent and deliberate recklessness, as used in transport law;
- intent or deliberate recklessness in the context of contract law, more specifically the exoneration of liability;
- intent and recklessness bordering on intent as used in traffic law;
- intent and deliberate recklessness in the context of the right of recourse against employers and co-employees of bodies charged with the execution of social security legislation;
- serious culpability in the context of directors' and officers' liability;
- intent in various contexts when used as an isolated concept.

The purpose of the examination was to determine which interpretation is given to these concepts in accordance with the current state of positive law, as well as to determine the rationale behind these concepts. As was the case with the examination of concepts used in employment law, the historical background, parliamentary history and the interpretation and application of the concepts in case law of the Supreme Court and the lower courts were included in the examination.

On the basis of the conducted research it must be concluded that, although the concepts examined are related to the concepts of intent and deliberate recklessness as used in employment law, none of them is interpreted in the same way. In fact, there are also major *relative* differences between the interpretations and rationales of the examined concepts. Neither parliamentary history nor case law of the Supreme Court make clear how the interpretation of a particular concept relates to

the interpretation of other (terminologically similar) concepts. This has the effect of creating the impression of a certain arbitrariness. What is more, in some cases the lower courts are looking for clear guidelines for the interpretation of a particular concept by making comparisons with the interpretation of concepts outside the domain of the area of law that is relevant for the specific case at hand. In those cases, the courts tend not to explain what, in their view, justifies such comparison. Moreover, the interpretations of concepts of fault used in different areas of law are regularly mixed up by the lower courts.

Analysis of the research findings

The final step that has been taken in the process of answering the research question, was to confront the research findings with regard to employment law and the other areas of private law with one another. The purpose of this exercise was to examine, from the perspective of three different viewpoints, whether the interpretation of the concepts of intent and deliberate recklessness in employment law is internally consistent with similar concepts outside employment law, but within the domain of private law. The viewpoints from which this examination was conducted are: (1) 'terminology', (2) 'rationale' and (3) 'type of legal subject'. The internal (in)consistency was examined on the basis of the following framework for assessment:

- i. There is an indication of consistency if concepts are given the same interpretation, while at the same time identical terminology is used, the rules are based on the same rationale and/or the rules apply to the same type of legal subject.
- ii. There is an indication of inconsistency if concepts are given a different interpretation, even though the terminology used is identical, the rules are based on the same rationale and/or the rules apply to the same type of legal subject.
- iii. The *more different* the terminology used for different concepts, the rationale behind such concepts and/or the type of legal subject to which the concepts apply is to one another, the *less likely* it is that there will be inconsistency if the concepts are interpreted differently.
- iv. The *more similar* the terminology used for different concepts, the rationale behind such concepts and/or the type of legal subject to which the concepts apply is, the *more likely* it is that there will be inconsistency if the concepts are interpreted differently.

The first question that needed to be answered was whether, and if so, to what extent, there is a relation between the three viewpoints mentioned on the one hand, and the interpretation of the concepts of fault on the other hand. If this is sufficiently the case, it can be examined whether the interpretation of the concepts of intent and deliberate recklessness in employment law is internally consistent with

similar concepts outside employment law. However, if this is not the case, it must be concluded that there is 'consistent inconsistency' with regard to the interpretation of concepts of fault throughout the domain of private law, including employment law.

The assessment shows a different outcome in relation to the concept of intent than in relation to the concept of deliberate recklessness. In either case, however, the research shows that the viewpoint 'type of legal subject' does not appear to be a relevant factor for the interpretation of concepts of fault. Based on this viewpoint, the conducted assessment can therefore not provide any useful insights into the internal consistency of the interpretation of the concepts of fault in- and outside employment law.

As far as the concept of intent is concerned, it can be concluded that it is interpreted consistently from the perspective of the used terminology. Insofar as the concept of intent is used in isolation, it is terminologically identical both in- and outside employment law. In those cases, intent is also interpreted in the same restrictive manner. This interpretation includes intent as 'purpose' and 'awareness of certainty', but not as 'conditional intent'. However, insofar as intent is combined with another concept of fault – similar to deliberate recklessness – the interpretation of intent also includes conditional intent. This can be explained by the fact that in these cases, the interpretation of the concept of fault with which intent is combined, largely overlaps and even extends beyond the scope of conditional intent. As a result, a more extensive interpretation of intent has no legal consequences.

Whereas the research shows that there is a clear connection between the viewpoint of 'terminology' and the interpretation of the concept of intent, the opposite must be concluded in relation to the concept of deliberate recklessness. The concepts of fault that are terminologically identical to deliberate recklessness in employment law, which is the case in contract law and in relation to the right of recourse, are in fact very different in terms of interpretation. On the other hand, even though the interpretation of the concept of fault used in traffic law is rather similar to the interpretation in employment law, the concepts are quite different in terms of the terminology used. At the same time, the concept of 'deliberate recklessness' in transport law, which is terminologically closer to deliberate recklessness in employment law, is also quite similar to employment law in terms of interpretation. Conversely, the concept of serious culpability in the context of directors' and officers' liability, which is terminologically quite different from deliberate recklessness in employment law, also differs quite a lot in terms of interpretation. All in all, it must be concluded that not only is there a relative difference in the terminology used for concepts of fault similar to deliberate recklessness, but there is also a material relative difference in the way these concepts of fault are interpreted, with-

out any clear pattern being discernible. This means that the interpretation of the concept of deliberate recklessness – as opposed to the concept of intent – is ‘consistently inconsistent’ from the perspective of ‘terminology’. Therefore, this viewpoint provides no indication for the interpretation of the concept of deliberate recklessness in its various legal contexts.

The findings in relation to the viewpoint ‘rationale’ are the mirror image of the findings in relation to the viewpoint ‘terminology’. The rationale of intent as the ‘moral’ threshold for insurability of damage, corresponds (to a certain degree) with the rationale of intent as used in Section 7:629(3)(a) of the DCC. The interpretation of these concepts is also very similar. On the other hand, the rationale of ‘wilful deception’ in Title 7.17 of the DCC is very different from the rationale of intent in Section 7:629(3)(a) of the DCC, even though the interpretation of both concepts is very similar. The conclusion is therefore that the viewpoint ‘rationale’ is apparently not an important factor in the interpretation of the concept of intent in its various legal contexts.

In relation to the concept of deliberate recklessness however, rationale does seem to be an important factor. The rationale underlying deliberate recklessness in Sections 7:658 and 7:661/6:170 of the DCC is most similar to the rationale underlying the regulations in traffic law and transport law, respectively. Also, the interpretation of deliberate recklessness in transport law is quite similar to the interpretation of deliberate recklessness in employment law. At the same time, the concept of fault that, in terms of rationale, is furthest removed from deliberate recklessness as used in employment law, namely the concept of ‘serious culpability’ in the context of directors’ and officers’ liability, is also the furthest removed from employment law in terms of interpretation. The same applies to the rationale of (intent or) deliberate recklessness in relation to the right of recourse (insofar as it concerns recourse against the employer) and recklessness in insurance law. The rationale of these concepts is further removed from the rationale in employment law, while the interpretation of these concepts also differs quite substantially from the interpretation in employment law.

Answer to research question

All in all, the answer to the research question is that the way in which intent and deliberate recklessness are, in accordance with the current state of positive law, interpreted in employment law, shows a degree of internal consistency with the way in which the examined concepts of fault outside employment law are interpreted. The concept of intent shows consistency solely in terms of the used terminology. The concept of deliberate recklessness shows consistency solely in terms of rationale. This means that it is apparently possible that, for a consistent interpretation of one concept, the used terminology is of primary importance, while for the

interpretation of another concept, the underlying rationale is of decisive importance. Yet, the reason why one approach is adopted in one instance, while another approach is adopted in yet another, is unclear. For that reason it was also concluded that the way in which the legislator and the Supreme Court approach the interpretation of concepts of fault in private law appears to be quite arbitrary. This raises the question whether the patterns observed in this research are not mainly the result of coincidence. Since coincidence cannot be ruled out, the arbitrariness observed detracts from the value of the findings of this research.

Is a different approach possible?

The last chapter of this dissertation investigates whether or not a different model to the one currently used, being a model which uses concepts with a fixed interpretation, is possible and preferable. It was previously mentioned that consistent interpretation, as part of the more comprehensive concept of unity of law, serves three interests: (1) simplicity of the law, (2) legal certainty and (3) equality before the law. The question whether a particular model is preferable to the current model should therefore be answered by considering whether those interests are better served by that particular model. At the end of this dissertation, the position is defended that those interests are indeed better served by a model using 'open norms' than by a model using concepts of fault with a fixed interpretation. Such a model avoids inconsistent interpretations and better enables the courts to take all the circumstances of the case into account.

LITERATUUR

Van Andel 1992

C.C.Th. van Andel, *De directeur; bestuurder en werknemer*, Deventer: Kluwer 1992.

Van Asperen 2007

C.M.I van Asperen, 'De statistische kans op HIV-besmetting', *DD* 2007/70.

Asser/Maeijer 2-III 1994

J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Assink 2010

B.F. Assink, 'De januskop van het ondernemingsrecht – Over faciëring en regulering van ondernemerschap', *Ondernemingsrecht* 2010/50.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model voor rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Barentsen 2014

B. Barentsen, annotatie bij HR 11 juli 2014, *JAR* 2014/193.

Bier 1988

L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Kluwer: Deventer 1988.

Bles 1907 Deel 2

A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907 (Staatsblad, n°. 193)*, tweede deel, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908.

Bles 1907 Deel 3

A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13en juli 1907 (Staatsblad, n°. 193)*, derde deel, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1908.

Bloembergen 1977-a

A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977, p. 1-5 (deel I).

Bloembergen 1977-b

A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, WPNR 1977, p. 17-23 (deel II).

Bloembergen 1977-c

A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, WPNR 1977, p. 33-36 (deel III).

Bloembergen 1977-d

A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, WPNR 1977, p. 49-54 (deel IV).

Brenninkmeijer 2001

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtseenheid', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht (Kortmann-bundel I)*, Deventer: Kluwer 2001.

Brouns 2006

P.J.H.M. Brouns, 'Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006', *DD* 2006/66.

Buijs 2013

D.J. Buijs, 'Werknemersaansprakelijkheid op het scherpst van de snede', *TRA* 2013/59.

Canto 2014

C.A. Canto, 'Van consistentie naar coherentie. De betekenis en bevordering van rechtseenheid in rechtsfilosofisch perspectief', in: T. Gerverdinck e.a. (red.), *Wetenschappelijk Bijdragen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Claringbould 2012

M.H. Claringbould, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in: M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Claringbould 2013

M.H. Claringbould, 'Beperking van kansrekening tot 'diefstal van parkeerplaats'-zaken', *NTHR* 2013/4.

Diebels 2014

G.A. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer. Nederland, Duitsland en flexicurity* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014.

Van Dijk 2008

A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008.

Van Dijk 2017

A.A. van Dijk, *Opzet, kans en keuzes: een analyse van doodslag in het verkeer*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Dorhout Mees 1974

T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht. Deel III*, Amsterdam: Van Erven Bohn bv 1974.

Dorrestein 1972

Th.H.J. Dorrestein, 'Hernieuwde belangstelling voor artikel 1638x BW', *NJB* 1972/41.

Drion en Van Wechem 2009-a

C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Geen devaluatie van het begrip 'bewuste roekeloosheid' (naschrift)', *NJB* 2009/1574.

Drion en Van Wechem 2009-b

C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2009/686.

Van Dunné 2004-a

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Dunné 2004-b

W.M. van Dunné, 'Bewuste roekeloosheid en het beroep op exoneratieclausules in het algemene contractenrecht', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004.

Duyvens 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Duyvens 2011

J.H. Duyvensz, 'Exoneratie en bewuste roekeloosheid', *WPNR* 2001/6878.

Engel 2016

K. Engel, 'Met het opzet de verzekeraar te misleiden bij het sluiten van de verzekering', *NTHR* 2016/5.

Feunekes 2004

R. Feunekes, 'Objectieve maatstaf bij schuld in het verzekeringsrecht', *NTHR* 2004/2.

Fillet 1985

L.J. Fillet, 'Gedeelde smart, halve smart: de elastieken regel van artikelen 1638x leden 2 en 3 BW', *SMA* 1985/5.

Fransen 2006

E.J.A. Franssen, 'Ziekte als gevolg van alcohol- of drugsgebruik', in: *Had Geers het geweten! Arbeid en gezondheid. Schippen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Deventer: Kluwer 2006.

Gaakeer 2015

J.A.M.P. Gaakeer, 'Recht, taal en de ordening van de werkelijkheid. Grensbepalingen, grensverkenningen en grensoverschrijdingen', *AA* 2015/07.

Geers 2003

A.J.C.M. Geers, 'De bescherming van de Hoge Raad', *SMA* 2003/9.

Haak 2004

K.F. Haak, 'Intro bewuste roekeloosheid: uniformiteit of pluriformiteit?', in: K.F. Haak, F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004.

Haak 2010

K.F. Haak, 'Mitigering van bewijslast bij bewuste roekeloosheid', *TVR* 2010/2.

Haak 2011

K.F. Haak, 'De kwade kans van bewuste roekeloosheid. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgverplichting met voeten treedt, niet baten', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011.

Haak en Koot 2004

K.F. Haak & F.L. Koot, 'Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht', in: K.F. Haak e.a. (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004

Haazen 2004-a

I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2004/6569 (deel I).

Haazen 2004-b

I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2004/6570 (deel II).

Hartlief 1997

T. Hartlief, 'Van artikel 7A:1638x naar artikel 7:658 BW. Beantwoordt de regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever nog aan de noden van deze tijd?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en vijf jaar Nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht', *WPNR* 2005/6647.

Heida 2010

R.A. Heida, annotatie bij Ktr. Sittard-Geleen 20 juli 2009, *JIN* 2010/71

Hendrikse 2001

M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Hijmans van den Bergh 1954

L.J. Hijmans van den Bergh, annotatie bij HR 12 maart 1954, *AA* 1954, p. 175-184.

Hoge Raad 2008

Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag* 2007 en 2008.

Hoogendijk 1996

B. Hoogendijk, 'Opzettelijk veroorzaakte ziekte en belemmering of vertraging van de genezing na 1 maart 1996', *SR* 1996/9.

Hoogendijk 1999

B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss. Rotterdam), Rotterdam/Deventer: Sanders Instituut/Gouda Quint 1999.

Honée 2008

J. Honée, 'Bewuste roekeloosheid' in het arbeidsrecht. Een verheldering van een moeilijk begrip', *AA* 2008/2.

Houweling 2007

A.R. Houweling in zijn annotatie bij Ktr. Haarlem 21 maart 2007, *JIN* 2007/192.

Houweling 2012

A.R. Houweling, 'Schriftelijke bedingen in het arbeidsrecht en de noodzakelijke devaluatie van het schriftelijkheidsvereiste', in: J.H. Even e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke bedingen. Themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2012*, Den Haag: SDU uitgevers 2012.

De Hullu 2018

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018.

Jansen en Loonstra 1999

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, annotatie bij HR 10 december 1999, *JOR* 2000/11.

Jansen en Loonstra 2006

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Inhoud, stelplicht en bewijslast bewuste roekeloosheid', *ArA* 2006/1.

Janssen 2013

B.S. Janssen, 'Weg met de drempelvoorwaarde en kansrekening. Enige gedachten naar aanleiding van 'Maat/Trazys'', *NTVH* 2013/1.

De Jong 1972-a

F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Tekst vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972.

De Jong 1972-b

F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972.

De Jong 2004

D.H. de Jong, 'Het strafrechtelijk opzet anno 2003: Vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?', *RM Themis* 2004/2.

De Jong 2009

F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Jörg, Kelk en Klip 2012

N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Kluwer 2012.

Katan 2017

B.A. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer; Kluwer 2017.

Kelk 2010

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Kelk 2016

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

Klaassen 2003

C.J.M. Klaassen, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003.

Klaassen 2009

C.J.M. Klaassen, 'De aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsuitjes en personeels-activiteiten', *AV&S* 2009/30.

Knigge en Wolswijk 2015

G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Laagland 2015

F.G. Laagland, 'Opzet en bewuste roekeloosheid als begrenzing voor werknemersaansprakelijkheid', *NTBR* 2015/6.

De Laat 2001

J.J.M. de Laat, 'Schade (door de werknemer aan zijn werkgever toegebracht)', *SR* 2001/11.

Langbroek 2019

H.J.S.M. Langbroek, 'A trial within a trial over het recht op beperking van aansprakelijkheid en bewuste roekeloosheid', *TVR* 2019/2.

Loonstra en Zondag 2003

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip 'bewuste roekeloosheid' in titel 7.10 BW', *ArA* 2003/3.

Loonstra en Zondag 2018

A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Loth 2005

M.A. Loth, 'Rechtseenheid in veelvoud. Over de toenemende complexiteit van een schijnbaar eenvoudig begrip', *AA* 2005, p. 676 e.v.

Loth 2009

M.A. Loth, 'Op de bres voor rechtszekerheid', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009, p. 21 e.v.

Loth 2018

M.A. Loth, 'Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meer-gelaagde rechtsorde', *AA* 2018, p. 335 e.v.

De Meij 2013

J. de Meij, 'Zij aan zij aansprakelijk: wanneer verlies de bestuurder zijn vennootschappelijke bescherming?', *V&O* 2013/1.

Mendel 1997

M.M. Mendel, annotie bij HR 18 oktober 1996, *NJ* 1997, 326.

Mendel 1999

M.M. Mendel, annotatie bij HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220.

Mevis 2013

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Olden 2013

P. Olden, 'Toerekening of afrekening?', *Ondernemingsrecht* 2013/1.

Van Oostrum 1974

H. van Oostrum, 'Arbeidsrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van bedrijfsongevallen', *AA* 1974/3.

Pham 2017

N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2017.

Polak 1958

J.M. Polak, *Eenheid van het recht. Enkele beschouwingen over specialisatie in de rechtswetenschap* (oratie 1958).

Quist 2014

J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Reijntjes 2003

J.M. Reijntjes, 'Het aantonen van opzet. Over de verhouding tussen vorm en materie in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

Rommelink 1996

J. Rommelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996.

Ruitenbeek-Bart 2010

F.M. Ruitenbeek-Bart, annotatie bij HR 27 november 2009, *JA* 2010/15.

Sagel 2013

S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer; Kluwer 2013.

Sagel 2014

S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2014.

Sanders Instituut 2004

K.F. Haak, F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Sanders Instituut 2004.

Sap 2011

J. Sap, 'De bijzondere verhouding tussen art. 7:658 en art. 7:611 BW', VRA 2011/92.

Raaijmakers 2013

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Costa Blanca: directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om', AA 2013/2.

Schadee 1972

H. Schadee, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting vijfde gedeelte (Boek 8 – Eerste stuk)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972.

Van Schilfgaarde 1986

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen. Commentaar op de tweede de derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986.

Van Schilfgaarde 1987

P. van Schilfgaarde, 'De interne aansprakelijkheid van bestuurders', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Schetsen voor Bakels. Opstellen aangeboden aan Prof. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen*, Deventer: Kluwer 1987.

Schlössels 2015

R.J.N. Schlössels, 'Rechtspleging en het belang van interne rechtsvergelijking. De 'interne' vergelijkingsmethode bezien, met name vanuit het bestuursprocesrecht', in: R. Baas e.a. (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Kluwer 2015.

Scholten 1931

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht: Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1931.

Scholtens 1976

G.J. Scholtens, annotatie bij HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81.

Schouten 2014-a

B. Schouten, 'Opzet of bewuste roekeloosheid ex artikel 7:661 BW en de behoefte aan een soepeler maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid', TAP 2014/5.

Schouten 2014-b

B. Schouten, 'De systematiek van bewuste roekeloosheid als schuld criterium bij arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidskwesties', *ArA* 2014/3.

Snijders 2005

H.J. Snijders, 'Inleiding: vermogensrecht en rechtsoneenheid in verscheidenheid', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Sociale Verzekeringsraad 1963

Advies van de Sociale Verzekeringsraad inzake 'verhaalsrecht c.a', d.d. 21 februari 1963, 's-Gravenhage: Sociale Verzekeringsraad 1963.

STECR Werkwijzer 2011

Stichting Expertisecentrum en Re-integratie, *Verslaving en Werk. Middelengebruik en (dis)functioneren op het werk*, Versie 1, september 2011.

Stein 1997

P.A. Stein, annotatie bij HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198.

Stolp 2013

M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *NJB* 2013/1344.

Strik 2010

D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de board room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Taekema, Gaakeer en Loth 2011

H.S. Taekema, J.A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Tolman 2004

M.J. Tolman, 'Opzetclausule scoort in blessuretijd; een beschouwing over de uitleg van polisvoorwaarden', *AV&S* 2004.

Uhlenbroek 2005

H. Uhlenbroek, 'Werknemers en alcoholgebruik, een actualisering', *ArbeidsRecht* 2005/6-7.

Vegter 2006

M.S.A. Vegter, 'Bewuste roekeloosheid bij het veroorzaken van schade aan de bedrijfsauto', *SR* 2006/4.

Vellinga 2017

J.H. Vellinga, 'Roekeloosheid in vormen', *VR* 2017.

Verspagen 2004

M.A.M.M. Verspagen, 'Arbeidsongeschikt vanwege een arbeidsconflict: aan de goden overgeleverd!', *ArbeidsRecht* 2004/33.

Verstijlen 2013

F. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551.

Vos 2000

H.Th. Vos, 'De gereviseerde opzetclausule', *Vrb* 2000, p. 23 e.v.

Wansink 2006

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006.

Waterman 2009

Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Rotterdam), 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2009.

Westenbroek 2017

W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2017.

Van Zaltbommel 1993

L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem* (diss. Amsterdam VU), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993.

Zondag 2004

W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Zwam 1984

H.J. van Zwam, 'De gehaaste textielwerker', *SMA* 1984/4.

JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

HR 26 maart 1920, *NJ* 1920, p. 476
HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364, m.nt. Scholten
HR 3 juni 1938, *NJ* 1938, 920
HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314
HR 12 maart 1954, *NJ* 1955, 386
HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251
HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 551, m.nt. Rutten
HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366
HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261, m.nt. Scholten
HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102, m.nt. Scholten
HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572, m.nt. Wachter
HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81, m.nt. Scholten
HR 7 november 1975, *NJ* 1976, 332, m.nt. Bloembergen
HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486, m.nt. Scholten
HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245
HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 685, m.nt. Scholten
HR 3 november 1978, *NJ* 1980, 500, m.nt. Wachter
HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 467
HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 468, m.nt. Stein
HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. Brunner
HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56, m.nt. Kleijn
HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 570, m.nt. Wachter
HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 543 m.nt. Stein
HR 23 mei 1986, *NJ* 1987, 482
HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948, m.nt. Stein
HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57, m.nt. Brunner
HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 483, m.nt. Brunner
HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 658, m.nt. Van der Grinten
HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 606
HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 1032, m.nt. Vranken
HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 966, m.nt. Van der Grinten

HR 3 februari 1989, *NJ* 1990, 477
HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. Maeijer
HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572
HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, m.nt. Brunner
HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 596
HR 8 maart 1991, *NJ* 1991, 396
HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721, m.nt. Brunner
HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 410, m.nt. Mendel
HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566, m.nt. Brunner
HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496 m.nt. Stein
HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 527
HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. Stein
HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 665, m.nt. Stein
HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389, m.nt. Brunner
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 701
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 702, m.nt. Brunner
HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 669, m.nt. Stein
HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. Stein
HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 199
HR 18 oktober 1996, *NJ* 1997, 326, m.nt. Mendel
HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer
HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270, m.nt. Maeijer
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 401
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 403, m.nt. Hijma
HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208
HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 440
HR 11 september 1998, *NJ* 1998, 870
HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45
HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220, m.nt. Mendel
HR 22 januari 1999, *JAR* 1999/44
HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, m.nt. Stein
HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 429, m.nt. Haak
HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. Maeijer
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 391
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 392, m.nt. Haak
HR 12 januari 2001, *JAR* 2001/24, m.nt. Vegter

HR 30 maart 2001, *JAR* 2001/127
HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454
HR 30 november 2001, *JOR* 2002/43
HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96
HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 388, m.nt. Haak
HR 9 augustus 2002, *JAR* 2002/205, m.nt. Thierry & Vegter
HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235, m.nt. Heerma van Voss
HR 11 oktober 2002, *NJ* 2002, 598
HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455
HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552
HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 536, m.nt. Mendel
HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 m.nt. Maeijer
HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555
HR 27 juni 2003, *NJ* 2005, 140
HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510
HR 20 februari 2004, *JAR* 2004/83
HR 27 februari 2004, *NJ* 2005, 498, m.nt. Du Perron
HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214, m.nt. Brunner
HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585
HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154, m.nt. De Jong
HR 18 maart 2005, *JAR* 2005/100, m.nt. Vegter
HR 3 juni 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AT1736*
HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. Van Schilfgaarde
HR 14 oktober 2005, *JAR* 2005/271
HR 11 november 2005, *JAR* 2005/287
HR 2 december 2005, *JAR* 2006/15
HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 599, m.nt. Haak
HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659
HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/57, m.nt. Loonstra & Zondag
HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313, m.nt. Buruma
HR 30 maart 2007, *NJ* 2008, 64, m.nt. Hartlief
HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 283, m.nt. Mendel
HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113, m.nt. Vegter
HR 16 mei 2008, *NJ* 2008, 284
HR 13 juni 2008, *JAR* 2008/185
HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56, m.nt. Vegter
HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/57, m.nt. Vegter
HR 14 maart 2008, *JAR* 2008/109
HR 14 maart 2008, *JAR* 2008/110
HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Maeijer & Snijders
HR 27 juni 2008, *JAR* 2008/188, m.nt. Vegter
HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 480

HR 12 december 2008, *JAR* 2009/15, m.nt. Vegter
HR 17 april 2009, *JAR* 2009/128
HR 29 mei 2009, *NJ* 2009, 245
HR 27 november 2009, *JAR* 2010/16
HR 27 november 2009, *JA* 2010/15, m.nt. Ruitenbeek-Bart
HR 18 maart 2011, *JAR* 2011/18, m.nt. Zondag
HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/132
HR 10 juni 2011, *NJ* 2012/405, m.nt. Tjong Tjin Tai
HR 24 juni 2011, *JAR* 2011/192, m.nt. Barentsen
HR 28 oktober 2011, *NJ* 2011/503
HR 11 november 2011, *JAR* 2011/315, m.nt. Barentsen
HR 11 november 2011, *JAR* 2011/316, m.nt. Vegter
HR 27 november 2011, *JAR* 2009/305
HR 10 augustus 2012, *NJ* 2012, 652, m.nt. Haak
HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. Van Schilfgaarde
HR 1 februari 2013, *NJ* 2013, 82
HR 1 maart 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BY6783*
HR 15 oktober 2013, *NJ* 2014, 27, m.nt. Keijzer
HR 15 oktober 2013, *NJ* 2014, 28
HR 15 oktober 2013, *NJ* 2014, 29
HR 11 juli 2014, *JAR* 2014/193, m.nt. Barentsen
HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde
HR 5 september 2014, *RvdW* 2014/1017
HR 16 januari 2015, *NJ* 2015/263, m.nt. Mendel
HR 1 mei 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1189*
HR 10 juli 2015, *NJ* 2016, 26, m.nt. Mendel
HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. Van Schilfgaarde
HR 12 februari 2016, *JOR* 2016/223, m.nt. Borrius
HR 25 maart 2016, *NJ* 2016/382, m.nt. Mendel
HR 30 september 2016, *NJ* 2017/141, m.nt. Vranken
HR 17 februari 2017, *NJ* 2017, 215, m.nt. Van Schilfgaarde
HR 30 juni 2017, *JAR* 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris
HR 16 februari 2018, *JAR* 2018/72, m.nt. Koole
HR 16 februari 2018, *JAR* 2018/73, m.nt. De Graaf
HR 13 april 2018, *ECLI:NL:HR:2018:601*
HR 29 mei 2018, *ECLI:NL:HR:2018:718*
HR 22 juni 2018, *ECLI:NL:HR:2018:981*
HR 19 oktober 2018, *JAR* 2018/296
HR 21 december 2018, *NJ* 2019, 31
HR 25 januari 2019, *JAR* 2019/57, m.nt. Hogewind-Wolters
HR 8 februari 2019, *JAR* 2019/73, m.nt. Said
HR 24 mei 2019, *JAR* 2019/273

HR 14 juni 2019, *JAR* 2019/182
HR 29 november 2019, *ECLI:HR:2019:1864*
HR 29 november 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1867*
HR 29 november 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1869*
HR 29 november 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1870*

Parket bij de Hoge Raad

A-G Th.B. ten Kate, conclusie voor HR 7 november 1975, *NJ* 1976, 332
A-G A.M. Biegman-Hartog, conclusie voor HR 3 november 1978, *NJ* 1980, 500
A-G J.K. Franx, conclusie voor HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56
A-G A.M. Biegman-Hartog, conclusie voor HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 570
A-G L. Strikwerda, conclusie voor HR 11 oktober 2002, *NJ* 2002, 598
A-G L.A.D. Keus, conclusie voor HR 14 maart 2008, *JAR* 2008/110
A-G J.L.R.A. Huydecoper, conclusie voor HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 480
A-G P. Vlas, conclusie voor HR 10 augustus 2012, *NJ* 2012, 652
A-G G.R.B. van Peursem, conclusie voor HR 5 september 2014, *RvdW* 2014/1017
A-G L. Timmerman, conclusie voor HR 25 maart 2016, *NJ* 2016/382
A-G B.F. Keulen, conclusie voor HR 29 mei 2018, *ECLI:NL:HR:2018:718*
A-G R.H. de Bock, conclusie van 16 maart 2018, *ECLI:NL:PHR:2018:253*
A-G T. Hartlief, conclusie voor HR 22 juni 2018, *ECLI:NL:HR:2018:981*
A-G L. Timmerman, conclusie voor HR 21 december 2018, *NJ* 2019, 31

Gerechtshof

Hof Leeuwarden 29 juni 1977, *NJ* 1978, 122
Hof Leeuwarden 26 juli 1989, *BR* 1989, p. 776 e.v.
Hof Arnhem 30 oktober 1990, *VR* 1991, 117
Hof Arnhem 18 juni 2002, *ECLI:NL:GHARN:2002:AE4998*
Hof Leeuwarden 9 april 2003, *ECLI:NL:GHLEE:2003:AU0156*
Hof 's-Gravenhage 25 juli 2003, *Prg.* 2004, 6298
Hof 's-Hertogenbosch 6 april 2004, *ECLI:NL:GHSHE:2004:AO9759*
Hof Leeuwarden 12 januari 2005, *ECLI:NL:GHLEE:2005:AS2301*
Hof Arnhem 18 oktober 2005, *ECLI:NL:GHARN:2005:AU5876*
Hof 's-Gravenhage 12 mei 2006, *JAR* 2006/137
Hof Arnhem 27 juni 2006, *JAR* 2006/209
Hof 's-Hertogenbosch 3 oktober 2006, *ECLI:NL:GHSHE:2006:AY9456*
Hof Amsterdam 16 november 2006, *RAR* 2007/63
Hof Leeuwarden 22 november 2006, *ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ2853*
Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ8035*
Hof 's-Gravenhage 9 februari 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BA1606*
Hof Arnhem 20 februari 2007, *ECLI:NL:GHARN:2007:BA6120*
Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BA2466*
Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2007, *JAR* 2007/159

Hof 's-Hertogenbosch 15 mei 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BA7004*
Hof 's-Hertogenbosch 29 mei 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BA7214*
Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2007, *JAR 2007/226*
Hof Leeuwarden 10 oktober 2007, *JAR 2007/282*
Hof Amsterdam 18 december 2007, *ECLI:NL:GHAMS:2007:BC5387*
Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2008, *ECLI:NL:GHSHE:2008:BC6601*
Hof Leeuwarden 14 mei 2008, *RAR 2008/101*
Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, *ECLI:NL:GHSHE:2008:BV1926*
Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, *JA 2008/125*
Hof Arnhem 26 augustus 2008, *ECLI:NL:GHARN:2008:BG1910*
Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2008, *ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2158*
Hof Arnhem 18 november 2008, *ECLI:NL:GHARN:2008:BG5791*
Hof 's-Gravenhage 7 april 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BN5995*
Hof 's-Gravenhage 19 mei 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BI6305*
Hof 's-Gravenhage 25 mei 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ3482*
Hof 's-Gravenhage 26 mei 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BI6241*
Hof Amsterdam 16 juni 2009, *ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ5384*
Hof Amsterdam 30 juni 2009, *ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4384*
Hof Arnhem 6 april 2010, *ECLI:NL:GHARN:2010:BM1186*
Hof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4190*
Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2010, *JAR 2011/188*
Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *ECLI:NL:GHSHE:2010:BP8468*
Hof 's-Gravenhage 16 november 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BO8014*
Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2010, *ECLI:NL:GHSHE:2010:BO4772*
Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2010, *ECLI:NL:GHSHE:2010:BX5586*
Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, *ECLI:NL:GHSHE:2011:BP1855*
Hof Arnhem 29 maart 2011, *ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0703*
Hof Den Haag 19 april 2011, *JAR 2011/151*
Hof Amsterdam 27 november 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7363*
Hof Arnhem 31 januari 2012, *JAR 2012/67*
Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, *ECLI:NL:GHSHE:2012BV9577*
Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2012, *RAR 2012/88*
Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2012, *ECLI:NL:GHSHE:2012:BW3205*
Hof 's-Gravenhage zp 's-Hertogenbosch 8 mei 2012, *JAR 2013/175*, m.nt. Buijs
Hof Leeuwarden 5 juni 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8369*
Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2012, *JAR 2012/204*
Hof Arnhem 21 augustus 2012, *ECLI:NL:GHARN:2012:BX4806*
Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3850*
Hof 's-Gravenhage 16 oktober 2012, *ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0811*
Hof Amsterdam 16 oktober 2012, *ECLI:NL:GHAMS:2012:BY6359*
Hof Leeuwarden 4 december 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BZ0498*
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BY9270*

Hof Den Haag 15 januari 2013, *ECLI:NL:GHDHA:2013:BY8263*
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:271*
Hof Amsterdam 26 februari 2013, *JAR* 2013/121, m.nt. Vegter
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4789*
Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, *JAR* 2013/139
Hof Den Haag 9 september 2013, *ECLI:NL:GHDHA:2013:5344*
Hof Amsterdam 15 oktober 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:5018*
Hof Amsterdam 15 oktober 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:4994*
Hof Amsterdam 10 december 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:4907*
Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:164*
Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2014, *JAR* 2015/113
Hof Amsterdam 6 mei 2014, *RAR* 2015/4
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, *ECLI:NL:GHARL:3901*
Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:1426*
Hof Den Haag 27 mei 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:2187*
Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:1634*
Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:2071*
Hof Arnhem Leeuwarden 9 september 2014, *RAR* 2015/6
Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:2991*
Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:7353*
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 oktober 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:7854*
Hof 's-Hertogenbosch 2 december 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:5064*
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, *ECLI:NL:GHARL:2015:1908*
Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:1787*
Hof Amsterdam 26 mei 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2015:2038*
Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:2023*
Hof Amsterdam 9 juni 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2015:2110*
Hof Den Haag 8 september 2015, *RAR* 2016/5
Hof Amsterdam 29 september 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2015:4030*
Hof 's-Hertogenbosch 8 december 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:5154*
Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:5330*
Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:45*
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, *ECLI:NL:GHARL:2016:606*
Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:636*
Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:1718*
Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2016, *JAR* 2016/162
Hof Den Haag 31 mei 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:1419*
Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2016, *JAR* 2018/164
Hof Den Haag 19 juli 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:2030*
Hof Amsterdam 15 november 2016, *ECLI:NL:GHAMS:2016:4632*
Hof Den Haag 15 november 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:3305*
Hof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2017, *ECLI:NL:GHARL:2017:7544*

Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2017, *ECLI:NL:GHSHE:2017:4431*
Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, *ECLI:NL:GHSHE:2017:5518*
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2017, *ECLI:NL:GHARL:2017:8790*
Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:578*
Hof Den Haag 20 februari 2018, *ECLI:NL:GHDHA:2018:3943*
Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:1096*
Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:1206*
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:3511*
Hof 's-Hertogenbosch 30 april 2019, *ECLI:NL:GHSHE:2019:1610*
Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2018, *JAR 2018/164*
Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:2366*
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:6537*
Hof Amsterdam 24 juli 2018, *ECLI:NL:GHAMS:2018:2580*
Hof Den Haag 18 september 2018, *ECLI:NL:GHDHA:2018:2408*
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:10105*
Hof Amsterdam 11 december 2018, *ECLI:NL:GHAMS:2018:4559*
Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2019, *ECLI:NL:GHARL: 2019:802*
Hof Den Haag 29 januari 2019, *ECLI:NL:GHDHA:2019:50*
Hof Den Haag 5 februari 2019, *ECLI:NL:GHDHA:2019:362*
Hof Amsterdam 9 april 2019, *ECLI:NL:GHAMS:2019:1193*
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 april 2019, *ECLI:NL:GHARL:2019:3794*
Hof 's-Hertogenbosch 30 april 2019, *ECLI:NL:GHSHE:2019:1608*
Hof Amsterdam, 2 juli 2019, *ECLI:NL:GHAMS:2019:2224*
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, *ECLI:NL:GHARL:2019:5667*
Hof Den Haag 6 augustus 2019, *ECLI:NL:GHDHA:2019:2015*

Rechtbank

Rb. Breda 19 februari 1974, *NJ 1975, 303*
Rb. Haarlem, 17 oktober 1978, *NJ 1979, 350*
Rb. Zwolle 8 januari 1986, *NJ 1987, 998*
Rb. Zutphen 26 maart 1987, *NJ 1988, 719*
Rb. Breda 2 januari 1990, *NJ 1991, 140*
Rb. Middelburg 15 april 1998, *JAR 1998/221*
Rb. 's-Hertogenbosch 13 oktober 2000, *JAR 2000/258*
Rb. 's-Gravenhage 1 mei 2002, *VR 2003, 77*
Rb. Maastricht 27 juni 2002, *ECLI:NL:RBMAA:2002:AE4833*
Rb. Groningen 27 juni 2003, *ECLI:NL:RBGRO:2003:AH9008*
Rb. Arnhem 22 oktober 2003, *ECLI:NL:RBARN:2003:AN7963*
Rb. Zwolle 28 januari 2004, *ECLI:NL:RBZWO:2004:AO4124*
Rb. Maastricht 8 december 2004, *ECLI:NL:RBMAA:2004:AS2059*
Rb. Dordrecht 27 oktober 2005, *JAR 2005/256, m.nt. Vegter*
Rb. Dordrecht 2 november 2006, *ECLI:NL:RBDOR:2006:AZ2464*

Rb. Arnhem 17 januari 2007, *ECLI:NL:RBARN:2007:AZ9281*
Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2007, *ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1204*
Rb. Breda 21 maart 2007, *ECLI:NL:RBBRE:2007:BA1604*
Rb. Zutphen 7 november 2007, *ECLI:NL:RBZUT:2007:BC0982*
Rb. Utrecht 12 december 2007, *ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9764*
Rb. Amsterdam 9 januari 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BC1802*
Rb. Breda 23 januari 2008, *ECLI:NL:RBBRE:2008:BC4336*
Rb. Utrecht 12 maart 2008, *ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6476*
Rb. Utrecht 2 september 2008, *ECLI:NL:RBUTR:2008:BF3234*
Rb. Breda 24 september 2008, *ECLI:NL:RBBRE:2008:BF6680*
Rb. 's-Hertogenbosch 5 november 2008, *ECLI:NL:RBSHE:2008:BW2949*
Rb. Utrecht 12 november 2008, *ECLI:NL:RBUTR:2008:BG4230*
Rb. 's-Gravenhage 10 december 2008, *ECLI:NL:RBSGR:2008:BH5031*
Rb. Arnhem 20 mei 2009, *ECLI:NL:RBARN:2009:BI4881*
Rb. Zutphen 30 juni 2010, *ECLI:NL:RBZUT:2010:BM9501*
Rb. Alkmaar 26 augustus 2009, *ECLI:NL:RBALK:2009:BK3172*
Rb. Haarlem 21 oktober 2009, *ECLI:NL:RBHAA:2009:BK3947*
Rb. Utrecht 25 april 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2963*
Rb. Utrecht 25 augustus 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5518*
Rb. Utrecht 29 december 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BO9820*
Rb. Arnhem 2 maart 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BP7598*
Rb. Arnhem 27 april 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4768*
Rb. Arnhem 11 mei 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BQ5819*
Rb. Maastricht 13 juli 2011, *ECLI:NL:RBMAA:2011:BT8416*
Rb. Arnhem 5 oktober 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BT7268*
Rb. Almelo 8 februari 2012, *ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132*
Rb. Utrecht 29 februari 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BV8207*
Rb. Utrecht 16 mei 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9857*
Rb. Maastricht 20 juni 2012, *ECLI:NL:RBMAA:2012:3463*
Rb. 's-Gravenhage 12 september 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7341*
Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BX6646*
Rb. Rotterdam 17 oktober 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BY1147*
Rb. 's-Hertogenbosch 14 november 2012, *ECLI:NL:RBSHE:2012:BY3006*
Rb. Rotterdam 2 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BY8135*
Rb. Rotterdam 16 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BY8745*
Rb. Rotterdam 18 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1938*
Rb. Noord-Holland 3 april 2013, *ECLI:NL:RBNHO:2013:CA0271*
Rb. Gelderland 3 april 2013, *ECLI:NL:RBGEL:2013:CA1164*
Rb. Rotterdam 1 mei 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:CA2753*
Rb. Rotterdam 22 mei 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:CA305*
Rb. Den Haag 12 juni 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3214*
Rb. Rotterdam 11 september 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:7102*

Rb. Limburg 19 januari 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:742*
Rb. Midden-Nederland 29 januari 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:207*
Rb. Oost-Brabant 13 februari 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:414*
Rb. Rotterdam 14 februari 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:944*
Rb. Midden-Nederland 19 februari 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:457*
Rb. Amsterdam 19 maart 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:1379*
Rb. Limburg 19 maart 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:5220*
Rb. Noord-Holland 26 maart 2014, *ECLI:NL:RBNHO:2014:4026*
Rb. Oost-Brabant 23 april 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:2305*
Rb. Rotterdam 9 juli 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:6080*
Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:4118*
Rb. Den Haag 27 mei 2015, *ECLI:NL:RBDHA:2015:8166*
Rb. Den Haag 22 juni 2015, *ECLI:NL:RBDHA:2015:8971*
Rb. Amsterdam 16 december 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:9033*
Rb. Oost-Brabant 20 januari 2016, *ECLI:NL:RBOBR:2016:230*
Rb. Rotterdam 10 februari 2016, *ECLI:NL:RBROT:2016:1016*
Rb. Den Haag 4 mei 2016, *ECLI:NL:RBDHA:2016:5035*
Rb. Rotterdam 30 mei 2016, *ECLI:NL:RBROT:2016:4089*
Rb. Noord-Holland 22 december 2016, *ECLI:NL:RBNHO:2016:11230*
Rb. Midden-Nederland 25 januari 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:242*
Rb. Amsterdam 25 januari 2017, *ECLI:NL:RBAMS:2017:371*
Rb. Rotterdam 1 februari 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:829*
Rb. Rotterdam 8 maart 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:1973*
Rb. Den Haag 7 juni 2017, *ECLI:NL:RBDHA:2017:6067*
Rb. Gelderland 7 juni 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:2995*
Rb. Gelderland 26 juli 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:4238*
Rb. Rotterdam 27 september 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:7372*
Rb. Noord-Holland 10 oktober 2017, *ECLI:NL:RBNNE:2017:3858*
Rb. Limburg 22 november 2017, *ECLI:NL:RBLIM:2017:11271*
Rb. Gelderland 22 november 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:6261*
Rb. Rotterdam 29 november 2017, *ECLI:NL:RBROT:2017:9390*
Rb. Gelderland 29 november 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:6865*
Rb. Gelderland 20 december 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:6736*
Rb. Overijssel 13 februari 2018, *ECLI:NL:RBOVE:2018:1111*
Rb. Rotterdam 5 maart 2018, *ECLI:NL:RBROT:2018:2504*
Rb. Rotterdam 21 maart 2018, *ECLI:NL:RBROT:2018:2377*
Rb. Den Haag 18 juli 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:9458*
Rb. Den Haag 25 juli 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:8997*
Rb. Noord-Nederland 26 september 2018, *ECLI:NL:RBNNE:2018:5056*
Rb. Amsterdam 24 oktober 2018, *ECLI:NL:RBAMS:2018:9035*
Rb. Amsterdam 20 december 2018, *ECLI:NL:RBAMS:2018:9439*
Rb. Gelderland 2 januari 2019, *ECLI:NL:RBGEL:2019:233*

Rb. Rotterdam 6 maart 2019, *ECLI:NL:RBROT:2019:2192*

Kantonrechter

Ktr. Amsterdam 28 mei 1919, *Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst*, VII, p. 81

Ktr. Amsterdam 6 september 1926, *Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst*, XIV, p. 84

Ktr. Harderwijk 11 november 1998, *Prg.* 1999, 5115

Ktr. Leiden 18 augustus 1999, *JAR* 1999/199

Ktr. Deventer 19 augustus 1999, *JAR* 2000/33

Ktr. Haarlem 16 augustus 2000, *Prg.* 2001, 5614

Ktr. Heerlen 4 juli 2001, *JAR* 2001/247

Ktr. Amersfoort 12 december 2001, *JAR* 2002/34

Ktr. Rotterdam 19 mei 2004, *JAR* 2005/7

Ktr. Rotterdam 25 augustus 2004, *JAR* 2004/253

Ktr. Zwolle 14 september 2004, *RAR* 2005/12

Ktr. Zwolle 9 augustus 2005, *RAR* 2005/109

Ktr. Maastricht 31 augustus 2005, *JAR* 2005/226

Ktr. Tiel 15 maart 2006, *RAR* 2006/90

Ktr. Deventer 8 september 2006, *JAR* 2006/252

Ktr. Groningen 4 oktober 2006, *ECLI:NL:RBGRO:2006:BA1432*

Ktr. Rotterdam 6 december 2006, *ECLI:NL:RBROT:2007:BO6020*

Ktr. Heerlen 3 januari 2007, *JAR* 2007/27

Ktr. Haarlem 28 maart 2007, *JAR* 2007/103

Ktr. Utrecht 7 juli 2007, *JAR* 2008/268

Ktr. Gouda 23 augustus 2007, *JIN* 2007/237

Ktr. Rotterdam 6 december 2007, *ECLI:NL:RBROT:2007:BO6020*

Ktr. Sittard-Geleen 9 april 2008, *JAR* 2008/136

Ktr. Lelystad 4 maart 2009, *ECLI:NL:RBZLY:2009:BH7627*

Ktr. Zwolle 19 april 2009, *ECLI:NL:RBZLY:2009:BI1572*

Ktr. Sittard-Geleen 20 juli 2009, *JAR* 2009/211

Ktr. Delft 10 oktober 2009, *JAR* 2010/76

Ktr. Utrecht 19 mei 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:BM4648*

Ktr. Bergen op Zoom 21 juli 2010, *ECLI:NL:RBBRE:2010:BN2159*

Ktr. Zwolle 23 november 2010, *ECLI:NL:RBZLY:2010:BP7931*

Ktr. Groningen 6 januari 2011, *ECLI:NL:RBGRO:2011:BU8426*

Ktr. Utrecht 1 juni 2011, *Prg.* 2011/189

Ktr. Middelburg 25 juli 2011, *ECLI:NL:RBMID:2011:BW2173*

Ktr. Lelystad 31 augustus 2011, *ECLI:NL:RBZLY:2011:BR6385*

Ktr. Groningen 27 oktober 2011, *ECLI:NL:RBGRO:2011:BU8427*

Ktr. Alkmaar 16 november 2011, *ECLI:NL:RBALK:2011:BU6797*

Ktr. Bergen op Zoom 4 januari 2012, *RAR* 2012/58

Ktr. Assen 31 januari 2012, *ECLI:NL:RBASS:2012:BV7396*
Ktr. Middelburg 9 juli 2012, *JAR* 2012/217, m.nt. Kehrer-Bot
Ktr. Leeuwarden 2 oktober 2012, *ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0862*
Ktr. Hoorn 3 maart 2014, *ECLI:NL:RBNHO:2014:9383*
Ktr. Middelburg 24 juni 2013, *JAR* 2013/189
Ktr. Nijmegen 28 juni 2013, *ECLI:NL:RBGEL:2013:4728*
Ktr. Arnhem 12 februari 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:1966*
Ktr. Rotterdam 28 maart 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2863*
Ktr. Roermond 9 april 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:9794*
Ktr. Roermond 25 juni 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:5612*
Ktr. Leeuwarden 16 september 2014, *RAR* 2015/21
Ktr. Eindhoven 31 oktober 2014, *JAR* 2014/287
Ktr. Maastricht 10 december 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:10710*
Ktr. Rotterdam 8 mei 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6240*
Ktr. Utrecht 4 november 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:7808*
Ktr. Almere 1 augustus 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:4844*
Ktr. Utrecht 28 december 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:7268*
Ktr. Utrecht 18 januari 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:308*
Ktr. Haarlem 24 januari 2007, *ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ7482*
Ktr. Maastricht 4 april 2017, *ECLI:NL:RBLIM:2017:3054*
Ktr. 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, *ECLI:NL:RBOBR:2017:5058*
Ktr. Utrecht 31 augustus 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:4914*
Ktr. Arnhem 20 november 2017, *RAR* 2018/55
Ktr. Almere 31 januari 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:247*
Ktr. Alkmaar 21 maart 2018, *ECLI:NL:RBNHO:2018:2145*
Ktr. Utrecht 30 april 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:1871*

Scheidsgerecht der Federatie van Bedrijfsverenigingen Amsterdam

Scheidsgerecht der Federatie van Bedrijfsverenigingen Amsterdam 16 november 1936, *ARB* 1937, p. 156-157.

Raad van Beroep Amsterdam

Raad van Beroep Amsterdam 20 februari 1936, *ARB* 1936, p. 247-248

CURRICULUM VITAE

Björn Schouten is op 25 februari 1989 geboren te Rotterdam. In 2007 behaalde hij zijn diploma tweetalig gymnasium (Engels/Nederlands) aan het PENTA College CSG Jacob van Liesveldt te Hellevoetsluis. Vanaf 2008 volgde Björn de bachelorstudie Rechtsgeleerdheid aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Na het behalen van zijn bachelor, volgde hij aan dezelfde universiteit de gespecialiseerde master Arbeidsrecht, die hij in 2012 afrondde. Tijdens zijn studie was Björn tevens als docent verbonden aan de Erasmus School of Law. Sinds de afronding van zijn studie heeft Björn meerdere docentschappen vervuld en over diverse arbeidsrechtelijke onderwerpen gepubliceerd in juridische tijdschriften. Sinds 2012 is Björn als advocaat werkzaam te Amsterdam.

DE BAKELSREEKS

G.W. van der Voet (2005), *De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet*

M.M. Koevoets (2006), *Wangedrag van werknemers; De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering*

E.G. van Arkel (2007), *A Just Cause for Dismissal in the United States and the Netherlands; Een redelijke grond voor ontslag in Amerika en Nederland*

J.H. Even (2008), *Transnational Collective Bargaining in Europe; A proposal for a European regulation on transnational collective bargaining*

A.R. Houweling & C.J. Loonstra (2011), *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*

A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.) (2012), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*

P. Kruit (2012), *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst; Een empirisch onderzoek naar de ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW in de periode 2005-2009*

A.R. Houweling (2012), *Eigenaardig arbeidsrecht; Grondslagen van een modern arbeidsrecht*

P.T. Pel (2013), *Geestelijken in het recht; De rechtspositie van geestelijke functionarissen in het licht van het eigen recht van kerken en religieuze gemeenschappen in de Nederlandse rechtsorde*

C.J. Loonstra & C.J.H. Jansen (2013), *Opstellen over de historische ontwikkeling van het arbeidsrecht*

R.A.A. Duk (2013), *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht*

J.P. Quist (2014), *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht*

C.J. Loonstra & A.R. Houweling (red.) (2014), *Het sociaal recht uitgedaagd; Een bundel arbeidsrechtelijke oraties 1997-2013*

A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet (2015) *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, vijfde druk

S. Klosse & G.J. Vonk (2015), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*

S. Klosse & G.J. Vonk (2016), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, tweede druk

E. van Vliet (2016), *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs*

G.W. van der Voet (red.) (2017), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, tweede druk

D.M.A. Bij de Vaate (2018), *Handboek arbeidsprocesrecht*

A.R. Houweling (red.) e.a. (2018), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, zesde druk

S. Klosse & G.J. Vonk (2018), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, derde druk

G.W. van der Voet (2018), *Het 'natte' arbeidsrecht; Een 'baken voor de toekomst' van onze 'onder water gelopen' polder?*

J.H. Even (2018), *Balanceren met detacheren*

P.C. Vas Nunes (2018), *Gelijke behandeling in arbeid*

S. Palm (2019), *Opvolgend werkgeverschap*

S. Klosse & G.J. Vonk (2019), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, vierde druk

A.R. Houweling (red.), J.H. Even, L.J.C. Sprengers, J.P. Quist, E. van Vliet & G.W. van der Voet (2020), *Hoofdstukken ontslagrecht*

A.R. Houweling (red.), J.H. Even, L.J.C. Sprengers, J.P. Quist, E. van Vliet & G.W. van der Voet (2020), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, zevende druk

S. Klosse & G.J. Vonk (2020), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, vijfde druk

B. Schouten (2020), *Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en het privaatrecht*